TRACTATUS JURIDICUS DE PROCESSU FORI LEGITIME INSTITUENDO ET ABBREVIANDO, LITIGIORUMQUE ANFRACTIBUS PRÆSCINDENDIS,

Ex

Jure communi, Ordinationibus Judiciorum & nuperrimo Recessu Imperii,

editus

A

JOHANNE BRUNNEMANNO, JC.
SERENISSIMI ELECTORIS BRANDENBURGICI
Consiliario, Decretalium in Academia Francofurtana Professore,
& Facultatis Juridicæ Ordinario
ac Seniore.

Editio Nona Auctior & Correctior.

Francofurti ad Viadrum,
Sumptibus JEREMIÆ SCHREY, & J. GOTHOFR. CONRADI,
ANNO MDCCXIV.

Google

B. 17. 5. 15 2/7

Digitized by Google

REVERENDISSIMO AC PER-ILLUSTRI

DOMINO OTTONI,

LIBERO BARONI

de SCHWERIN,

Dynastæ veteris Landsbergæ Old-wigshagii, Drevvitzii, Nidavi, Zachani, &c. &c.

Electoratus Brandenburgici Camerario Hereditario, SERENISSIMI AC POTENTISSIMI ELECTORIS BRANDENBURGICI Status ac rerum Feudalium CONSILIARIO, Secretioris Consilii ac Cameræ Electoralis Præsidi summo, Cathedralis Ecclesiæ Brandenburgicæ Præposito, & Præfecturæ Ouranienburgensis Capitaneo supremo, &c. &c.

Domino Suo Gratiosissimo.

S.

Eptimus jam labitur annus, quo primum Processum hunc Civilem publici Juris factum, splendido Nomini Tuo, *Perillustris ac Reverendissime Domine*, consecraram. Causas ad id me impellentes tunc temporis in prioris editionis frontispicio significavi.

):(2

cavi. Jam ubi eundem prælectionibus publicis, iterum atque iterum repetitum, ac altera fere parte auctum, prælo rursum submitto, injurius forem, si non eundem ad *Nominis Tui Magnifici* Aram iterum deponerem submisse.

Causæ, quæ in prima, eædem in secunda, imo majores, adsunt. Siquidem interim longe plura a *Reverendissima Excellentia Tua* exhibita mihi beneficia, quibus vel ex parte retaliandis imparem me agnosco. Mentis ergo gratitudinem, & obligati animi vinculum, publice hac repetita consecratione volui declarare, ea qua par est submissione contendens, ut me meosque *Gratia Tua Perillustri* ulterius prosequi non dedigneris. Quod facto non possum, publica contestatione ac devotis votis pro vita longæva, felicissimoque Consiliorum successu, sancte me præstiturum promitto.

Dab. Francofurt. ad Viadrum,
d. 10. April. ANNO
M. DC. LXVI.

REVERENDISS. & PERILLUSTRIS

EXCELL. TUÆ

obsequentissimus

Joh. Brunnemannus, D.

INDEX CAPITUM.



IN NOMINE JESU!



Ublicæ passim obviam sunt querelæ de litium & processuum diuturnitate, quæ tanta hodie est, non in Germania tantum, sed ubique fere gentium; ut sæpissime usu veniat, eos ipsos, qui victoriam cum sumptuum quoque adjudicatione reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, ac tot sumptibus misere fatigatos sic affici, ut lugendum potius sibi esse ducant, quod bonæ alioquin litis suscipiendæ consilium ab initio non abjecerint, sunt verba *Ant. Fabri in suo Consilio de reformanda Justitiæ administratione, quod habet in Codice suo lib. 9. tit. 22.* quod integrum refert *Wehnerus in Observ. suis, in verbo Justitien-Wesen.* Quas querelas *in Partho litigioso Valentinieri Winthers lib. 1. c. 1. & alibi passim* reperire licet.

Hanc curam ad Principes pertinere, nemo est, qui nesciat, & pluribus probatur in *Parthen. litig. lib. 1. c. 1.* Hoc commovit Cæsaream Majestatem atque Imperii Ordines, ut in eam curam, quomodo lites in Camera abbreviari & citius expediri possint, incumberent, quod & ipsum in Comitiis nuperis præstitum. Hanc curam reformandi Cursus Justitiæ in suo Electoratu ante triennium in se suscepit Serenissimus Elector Brandenburgicus, Dominus meus clementissimus, qui conventum Consiliariorum ac Justitiæ

[illegible]

[illegible] ... cum Seren[illegible] ... me-[illegible]

[illegible] ... vidua, qui-[illegible] ... ad pe[illegible]rem [illegible] ... hæc in scenam pro-[illegible] ... vel eo fine, ut [illegible] ... pertingantur. Sed his nihil [illegible] ... *de bono* [illegible] ... *Domina hæc justitiam trans*-[illegible] ... *cordium*. Inte-[illegible] ... tamen cum modestia, cujus sem-[illegible] ... non litatur, sed justitiæ.

[illegible] DEO

CAPUT

CAPUT PRIMUM
DE
PROCESSU IN GENERE,
EJUSQUE SPECIEBUS ET PERSONIS IN PROCESSU JURIS INTERVENIENTIBUS.

SUMMARIA.

N. 1. *Quid Processus? Quid Judicium?*
2. *Duplex Judicium. Exterius & Interius.*
3. *Ad exterius Judicium Ecclesiasticum etiam pertinet. Et quid conscientia?*
4. *Duplex ergo Forum.*
5. *Discrimen utriusque Fori.*
6. *Multa justa in foro exteriori, quæ injusta in foro interiori, quod in sequentibus innumeris exemplis declaratur.*
13. *Judex suæ & partium conscientiæ rationem habere debet. & n. seqq.*
16. *Judicium aliud Ordinarium, aliud Summarium.*
17. *Causa ordinaria, invito Reo, summarie tractari nequit, nec contra.*
18. *Causa ordinaria utroque consentiente potest summarie tractari & n seqq.*
22. *Quatuor sunt causæ, cur Processus summarius introductus.*
23. *Annon Status Imperii constituere potest ut nullus Processus Ordinarius instituatur. & n seqq.*
27. *Ad quæstionem propositam adducuntur hypotheses Doctorum. & n. seqq.*
30. *Exempla Statutorum adducuntur. & n. seqq.*
33. *Super Juris quæstionibus prolixa disputatio concedi non debet.*
34. *Nec super facto.*
35. *Constitutio Electoralis Brandenburgica in Prussia.*
36. *Quid in rebus minimis. & n. seqq.*
39. *Etiam in matrimonialibus & criminalibus Processus summarius. & n seq.*
41. *Judicium aliud civile, aliud criminale.*
42. *Judicium aliud Reale, aliud Personale, & illud vel Petitorium, vel Possessorium & n. seq.*
44. *Præstare, certam formam utrique Judicio præscribere*
45. *Possessorium aliud Summarium, aliud Ordinarium, de illo in n. seqq.*
48. *Distinctio illa in Praxi recepta, & utriusque discrimen.*
49. *De Statuto Saxonico, ut Exceptio illiquida ad aliud Judicium remittatur.*
50. *Quæ causa statuti & Effectus, & quæ Exceptiones etiam in foro Saxonico attenduntur, vel non & seqq n.*

Google

53 *Annon aliquid temperamenti a Legislatore hic status æquissime possit?*
54. *Annon, si Exceptio illiquida rejecta, reus juramentum deferre possit Actori?*
55 *De Instantia in Civilibus & Criminalibus.*
56. *An mora Judicis parti instantia lapsa noceat?*
57. *Quis Judex esse possit? & n. seqq.*
60 *Qui Actores?*
61. *Qui rei?*
62. *De Advocatis.*
63. *Judices sæpe misericordes nimis in dandis Dilationibus.*
64. *Quid agendum contra Protelationem Judicis, aut Advocati?*
65. *Varia remedia contra Protelationes Litium. & num. seqq.*
72. *Initio litis certi Procuratores constituendi*
73. *Reassumtio Processus ab herede facta, non est necessaria*
74. *Constitutio novissima Imperii de mandato pro herede dando*
75. *Certa forma mandati debet præscribi.*
76. *De Clausulis quibusdam, & solennitatibus mandati.*
77 *Mandatum statim initio litis edendum sub pœna.*
78 *De certo numero Procuratorum.*
79. *De mandato ad totam causam.*
80. *Quæ negotia speciale mandatum requirant.*
81. *De officio Actuarii.*
82. *De Forma Protocolli.*
83. *Partes Judicem adire non debent, ut privatim eum informent.*

1 PRocessus est Ordo Judicii, vel forma experiundi de jure. Judicium vero est legitima rei controversæ apud Judicem disceptatio.
2 Notandum autem hic, duplex vulgo judicium statui, aliud Exterius, aliud Interius seu Conscientiæ: quoniam inter hæc judicia discrimen, ideo hic quodammodo plenius agere lubet, quia non tantum hæc raro inculcantur, sed quia etiam exinde eliciemus aliquid, quod ad muniendas & abbreviandas lites aliquo modo facere possit.
3 Sub exteriori judicio complectimur Judicia Civilia & Ecclesiastica; seu ut apud nos audiunt Consistorialia, a quibus autem diversum est Judicium Interius seu conscientiæ, ut agnoscunt omnes Canonistæ, præsertim *Abbas Panorm. in cap. Quia plerumque. X. de Immun. Eccles.* Nam conscientia est judicium hominis de seipso, prout subjicitur judicio Dei. *Gvilielmus Amesius de Conscientia l. 1. c. 1.* Aliter describit *Menoch. cons. 285. n. 32.* Alia naturalis, alia Supernaturalis, *Amesius. c. 1. d. tr.* Deinde alia est propria, alia communis

Google

munis, porro alia est errans, alia non errans. De errante conscientia quæritur, an obliget? ubi distinguendum videtur, utrum licitum habeat pro illicito, an vero illicitum pro illicito, illo casu obligat. *Paulus in Epist. ad Rom. cap. 14. Vers. 23.* Conf. *Amesius d. tr. l. 1. §. 5. & l. 32. §. 1. ff. de usuc.* Et huc pertinet solennis illa quæstio, qua 4
quærunt identidem, *an idem, quod in jure civili obtinet, quoque in foro interiori locum habeat?* Discrimen utique agnoscunt omnes inter forum Exterius Ecclesiasticum etiam, & interius seu Conscientiæ, licet secularibus etiam judicibus interdum ita committi soleat, ut juxta conscientiam judicent, de quo *Damboud. in process. Civil. c. 230. num. 10.* Discrimen autem potissimum in his consistit, quod in exteriori 5
judicio alius Judex, alius Actor, alius Reus, alius Testis, sed in interiori Mens hominis & Judicis, & Actoris, & Rei, & Testis personam repræsentat, quod non opus habet demonstratione. De- 6
inde Objectum Judicii exterioris sunt actus hominum exteriores; sed in Conscientiæ Judicio tam actus interni, quam externi dijudicantur. Sane in judicio humano exteriori de intentione 7
hominis, an ea pura, & recta, an vero impura & obliqua sit, judicari & sententia ferri regulariter non solet; sed intentio tamen hominis ad tribunal Conscientiæ vocanda est, non quidem alienæ, sed propriæ, cum etiam ad virtutem moralem requiratur, non tantum ut medium attingat, sed etiam, ut fiat ea intentione, qua tale, ut docet *Lud. Molina Tract. 1. de Just. & Jure disp. 2. num. 6.* Hinc demum sequitur, multa justa esse in foro exteriori, quæ in 8
interiori non sunt justa: nam in judiciis nonnulla probantur vel ob vitandum majus malum, vel innititur præsumptioni, quæ in hypothesi falsa est, quia occulta homo penetrare nequit: Imperfecta enim Juris prudentia est, & potissimum circa actus exteriores occupata, cum secundum commune dicterium, ne quidem Ecclesia de occultis judicet, cum & econtra conscientiæ judicium in occultis occupatum sit. Hinc fit, ut sæpe in jure nostro quædam 9
pro licitis & justis habeantur; quæ in judicio divino, imo etiam in interiori foro plane injusta, v. g. Agit quis ex instrumento super mutuo facto, & quidem post biennium; Reus negat pecuniam

fuisse numeratam, sed hoc probare nequit. Actor quidem scit,
sed fundat se in instrumento, vel recognitione debitoris, nec est
talis persona, ut tuo ei committi juramentum possit, præsertim
cum etiam delatio juramenti improbetur *in L. In contractibus. 14. §.*
Illo. 3. C. de non numer. pecun. Reus succumbit, Sententia transit
in rem judicatam, non blandiatur sibi Actor ob autoritatem rei
judicatæ, se in conscientia tutum esse, quia cum alieno damno vult
locupletari, per ea, quæ tradit *Molin. Tr. 2. de Just. & Jur. disp. 302.*
10 *n. 12.* Sit aliud. Exercuit aliquis actus nonnullos, sive clam, sive
precario, sed hoc vitium possessionis Reus non potest probare,
Actor igitur in possessorio obtinet, quis Actorem in Conscientiæ
11 foro tutum existimet? Imo, quod plus est, si quis in possessorio se
fundatum esse existimet, sed in petitorio suam intentionem non
esse fundatam sciat, ille jure potest possessorium intendere; sed se-
cus in foro conscientiæ, quod ex ea ratione evincitur, quia scit,
se possessionem sine periculo animæ retinere non posse, ut pie mo-
net *Franc. Sarment. l. 2. Select. interpr. cap. 13. n. 5. Joh. Guttirez. con-*
sil. & hos allegans Thomas Merckelbach. inter Consilia Klockii Vol. 2. cons.
12 *40. num. 18.* Sic usuras in stipulationem ab eo velle exigere, qui
pecuniam in vitæ suæ & suorum sustentationem consumpsit, nec
inde ullum lucrum fecit, de jure in judicio exteriori quidem non
feret repulsam, sed an etiam in interiori judicio sit hoc probandum,
judicent Thelogi. Interim *vid. Baldum. de casib. Consc. lib. 4. c. 3. Cas.*
4. Similia habemus in ipso jure civili: ita si is, qui vere debet, abso-
lutus est, manet tamen obligatus, *l. 28. & 60. pr. ff. de cond. indeb.* Sic
evidens calumnia in transactione rescinditur. *l. 65. §. 1. de Cond. indeb.*
Alia exempla habet *Panorm. d. l.* & Dd. præsertim Hispani & Cano-
nistæ passim. Sed quorsum hæc? inquis. Hæc duplicem ob fi-
nem prænotanda duximus. Primus quidem est, ut quilibet in
judicio acturus, exploret conscientiam suam, non tantum an jure,
sed etiam an bona cum conscientia & sine animæ læsione litem
movere & in judicio externo victoriam reportare possit: nam si
hoc non fiat, licet vel mille judicata pro se habeat, non tamen
in animæ foro obtinebit, sed causa cadet, forte cum æterno suo
malo:

Google

malo: *nec enim*, ut vulgata Juris Canon. regula habet, *peccatum
dimittitur, nisi restituatur ablatum*, quod si igitur actio movenda,
prius in conscientiæ foro examinaretur, minorem litium segetem
haberemus. Tum & hæc distinctio inservit Judici, ut non tantum 13
suæ conscientiæ, sed & partium habeat rationem. Suæ quidem, ne
facile aliorum de peccatis communicet, aut alias conscientiam
suam polluat. Et forte talia in progressu occurrent notanda, v. g.
An judex, si trans missa ad peregrinum judicem acta resignet, Sen-
tentiam a Judice extraneo latam tacitus legat, & eam juri atque
actis plane contrariam animadvertat, an eam Sententiam publi-
cate debeat; de qua quæstione aliquando plena manu, Deo volen-
te, agemus. Partium autem conscientiæ consulet, si in omnibus 14
controversiis occurentibus, sive eæ in facto, sive in Jure consi-
stant, in eam potius sententiam inclinet & propendeat, quæ in
conscientiæ foro tutior est, quod etiam passim monent Dd. *arg.
l. 46. ff. de Acquir. hered. l. 79. ff. de jud. Mevius p. 1. dec. 146. num. 7.*
Conf. *Decianus lib. 2. Crim. pract. c. 12.* V. g. passim decantata est ista
quæstio: An in possessorio summarissimo exceptio Dominii admit-
tenda, si in continenti probari possit? Ubi varie distinguunt inter ju-
dicia possessionis retinendæ, vel adquirendæ, vel recuperandæ caussa
instituta: Item an per testes, an vero per visum oculi demonstrari
possit. &c. In dubio autem eam sententiam sequendam puto, quæ
conscientiæ litigantis consulit. Ideoque in plerisque judiciorum 15
Ordinationibus salutariter constitutum reperitur, ut non decerna-
tur Processus, aut ad deductionem partes admittantur, antequam
partes in audientia prius fuerint auditæ, ubi non tantum transactio
tentari, sed etiam quid conscientiæ sit consultum, partibus incul-
cari debet, antequam Oceano Processus Ordinarii fortunas suas
committant.

Relicta jam divisione judicii in Exterius & Interius, proxi- 16
ma jam divisio est in Judicium Ordinarium seu Processum Ordi-
narium & Summarium. Ordinarium putant Dd. illud, in quo cau-
sæ pleno & solenni Processu juris cognoscuntur. Summarium il-
lud dicunt, in quo de simplici & plano cognoscitur, omissis non-
nullis

nullis aut formaliter non comprehensis partibus judicii ordinarii, & faciunt certos casus, in quibus summarie proceditur, quales Serenissi. Elector. Brandenb. Joh. Sigism. in Jure Prutenico *l. 1. tit. 12. num. 18. n. 1.* retulit, & sunt 1. in causa possessionis modici præjudicii 2. In causa Spolii. 3. In pœna contumaciæ. 4. In causis lucrum & interesse concernentibus. 5. In causa Aresti. 6. In causa incarceratorum. 7. In causa executionum taxæ, moderationis, reparationis & refusionis expensarum & Attentatorum. 8. In puncto liquidationis. 9. In causa pignorationis. 10. In rebus, quæ publicum commodum concernunt. v. g. aggeres quando reficiendi & sim. 11. In causis decimarum & usurarum. 12. Causæ matrimoniales & dotium 13. causæ alimentorum. 14. Causæ præstandæ cautionis. 15. Causæ dilationum & prorogationum. 16. Examen testium ad perpetuam rei memoriam. 17. Causæ salarii & mercedis. 18. Causæ miserabilium personarum. *Conferatur Ord. Cam. part. 3. cap. 3. Zanger. in Tract. de Except. part. 1. cap. 1. num. 60.* qui & alias ibidem addit. Alii huc referunt Causas alimentorum, Executionum Sententiæ, Operis novi nunciationem, causam inquisitionis, causam Matrimonialem, Decimarum, Tributorum, Pauperum & miserabilium personarum, Salariorum, item actionem Depositi, Spolii, fractæ Pacis causam, vel punctum editionis Actorum, caussam attentatorum, & inhibitionum, & mandatorum pœnalium, caussam naufragii, expulsionis emphyteutæ ob non solutum canonem, vel ubi periculum in mora, taxationem expensarum, litigiosæ possessionis, relaxationis juramenti ad effectum agendi, querelam nullitatis, cautionis damni infecti causa, causam mercatorum in foro mercatorio, actionem ad exhibendum, præparatoriam litem de competentia Judicis, examen ad perpetuam rei memoriam, Processum ex Lege Diffamari, & omnes causas voluntariæ Jurisdictionis, sive causæ cognitionem requirant, sive non, ut interpositionem decreti, quando prædium minoris distrahendum, insinuationem donationis excessivæ, confirmationis, exemplificationis Privilegiorum, conf. *Petr. Denaisius de jur. Camer. cap. 69. Dn. Carpzov. in Process. tit. 1. art. 1. n. 48.* Et quoties Judex jubetur summatim cogno-

gnoscere, toties est causa summaria, *Clem. Sæpe. de V. Zanger. d. l.*
Maranta in Speculo part. 4. dist. 9. n. 42. seqq. Gilken ad L. un. n. 49. &
seqq. C. de litis Contest. Carpzov. p. 1. Jurispr. Const. 2. def. 18. Rosbach. de
Process. tit. 21. n. 10. & seqq. & quos cit. Hillig. in Donell. l. 24. c. 5. lit. B.
In his judiciis summariis, quæ per se stant, nec sunt partes judicii alte-
rius, necessaria hæc sunt quæ de jure gentium requiruntur, ut nar-
ratio facti, petitio, rei citatio, responsio, defensio, probatio, & causæ
cognitio, *Carpz. tit. 1. art. 1. n. 30.* Item exceptio contra testes, nec non
Recognitio documentorum. *Finckel. obs. 17.* Et quidem hæc distin- 17
ctio ita recepta in judiciis, ut causa ordinaria non possit invito
Reo ventilari in Processu Summario, cum omnis causa regulari-
ter sit ordinaria & plenam causæ cognitionem requirat, a qua ad
unius partis petitionem recedendum non est, *Carpz. d. def. 118.* Un-
de a contrario sequitur, non posse caussam Summariam ab acto-
re invito Reo tractari, per Processum ordinarium, nam quod non-
nullæ causæ summariæ sint, id non tantum in Actoris, sed Rei fa-
vorem constitutum, ut citius a molestia liberetur, ideoque in *d. Cle-*
ment. Sæpe. Conventio partium requiritur. Imo & Judex potest
contradicere, quia in favorem Judicum, ut citius sopiantur lites,
hoc constitutum videtur, & sic intelligendus mihi *Carpz. d. t. 1. art.*
1. n. 27. Nonnulli id adeo extendunt, ut neque utriusque partis 18
conventione fieri possit, ut causa ordinaria omissis substantialibus
partibus Processus, (scilicet, quæ a Jure Canonico vel Civili requi-
runtur, non vero a naturali Jure) in Processu Summario ventile-
tur, Utuntur hac ratione, quia solennitas ista judiciorum est juris
publici, cui per partes renunciari non potest *per L. Jus publicum. 38.*
ff. de pact. & ita sentiunt *Maranta part. 4. dist. 4. n. 213. Zabar. in Clem.*
Sæpe. quæstion. 12. X. de Verb. Sign. Horat. Campan. ad Statut. Mediolan.
part. 1. cap. 25. num. 19. & seqq. Rosbach. d. tit. 21. in fin. Sed Sen- 19
tentia ista nobis suspecta, imo falsa, & ad protelationem litigio-
rum excogitata videtur. Quod & placet *Carpzovio d. art. 1. num. 59.*
per l. ult. §. ult. C. de Temp. Appell. l. ult. §. ult. C. de prov. schol. qui & *n.*
63. asserit recte, Judicem ex officio posse eligere Processum summa-
rium pro ratione temporis, personarum, loci, &c. Nam Processus

ordinarius non in favorem Reipublicæ, sed partium procul dubio
constitutus est, & ex Processu ordinario nulla ad Rempublicam utilitas,
multiplex vero damnum ex litium Protelatione redundat; & cum
partes plane super lite transigere, imo actionem remittere possint,
cur non liceat illis communi conventione Summarium eligere Pro-
20 cessum? Deinde in arbitros super causa Ordinaria licere partibus
compromittere, vel ex ea disputatione apparet, qua controvertunt,
an acta coram Arbitris valeant in Processu Ordinario: item an in
Processu criminali compromissum fieri possit · quibus aliisque simi-
libus disputationibus opus non esset, si hoc verum esset, super causa
ordinaria non posse compromitti. Ac per Compromissum speciale a
modo procedendi generali & consveto recedere partes posse, tradit
Carpzov. part. 1. Jurispr. Constit. 1. def. 5. n. 7. quin etiam Juramentum
testium per partes remitti in civilibus posse, cum *Gloss. in L. Juris-
jurandi. C. de testib.* magno consensu tradunt Dd. *Gail. 1. Observ. 101.
n. 1. Mynſ. Cent. 3. Obſ. 80. n. 6. Mascard. de Probat. l. 1. qu. 5. n. 203. seq. Fa-
rinac. de testib. qu. 74. n. 83. Rutg. Ruland. de Commiss. l. 6. cap. 10. n. 1.*
Ex quo colligitur, partem aliquam Processus Ordinarii primariam re-
21 mitti a partibus posse. Et si existente statuto, ut in omnibus causis sum-
marie procedatur, Partes convenire possunt, ut Ordinarius processus
instituatur, ut tradit *Mynſ. Cent. 6. Obſ. 16.* & in casu simili *Carpzov. d.
def. 5.* cur non contrarium pacisci partibus liceat? præsertim cum in
illo major sit ratio dubitandi: nam ratio statuti non est tantum in utili-
tate privata posita, sed & in utilitate publica, ne judicia nimia
litium multitudine obruantur & fatigentur. Et quando par-
tibus placet, ut de causa, quæ per se summaria est, ordinarie
cognoscatur, (quod intelligo, si Judex consenserit) Processus non
est nullus, *d. Clem. Sepe. in fin.* idem in casu converso. Et ita re-
cte contra superius allegatam sententiam statuunt *Ferdinand. Vasq.
l. 1. de success. resol. §. 9. n. 116. Zabarella d. Clem. pr. num. 13. Carpzov.
d. l. & Stephan Nathen. Tr. de Just. vuln. part. 2. tit. 2. cap. 8. num. 3.*
22 Quatuor autem Causæ sunt, ob quas Processus Summarius in-
troductus, I. Salus publica, præsertim in causis tributorum, &
inquisitionibus criminum, causis militum, &c. II. Qualitas &
favor

Digitized by Google

favor personæ, ut Ecclesiæ, Viduarum, mercatorum, &c. III.
Quia res non patitur moram, ut alimentorum causa, & Sepulturæ,
Decimarum, &c. IV. Pravitas præjudicii & facilitas reparationis. Sic
remedia possessoria sunt Summaria, uti & Processus Legis diffamari,
interpositio Decreti, examen testium ad perpetuam rei memoriam.
Proximum jam huic est disquirere, an Processus Ordinarius regula- 23
riter (exceptis scilicet illis casibus, de quibus supra) ita sit necessa-
rius, ut Status Imperii in suis Provinciis non possint salva Justitia in
omnibus casibus utiliter introducere Processum Summarium, reten-
tis tamen iis, quæ de jure naturali ad cognitionem causæ necessaria
sunt, & prolixius tractantur *in Clem. Sæpe. de V. S.* V. g. narratio facti,
&c. Ad Processum autem Ordinarium requiruntur libellus scriptus,
& solemniter factus, solemnis litis Contestatio, ut in tempore juri-
dico, non v. g. in feriis messium procedat, & similibus. Sed sine
his, ut & sine frustratoriis dilationibus, exceptionibus dilatoriis, quæ
sunt de apicibus juris, sine disputationibus Advocatorum &c. plene
investigari potest veritas. Et quidem absolute necessarium non esse, 24
probari posse videtur 1. Rationibus. 2. Hypothesibus Doctorum. Præ-
monendus autem Lector, Nos non intelligere Processum tumultu-
arium, quem nonnulli sibi ipsis fingunt, nec nos loqui de Processu
Summario in possessorio, præsertim momentaneo, ubi sæpe ad-
mittuntur ob utilitatem publicam non plenæ probationes, quem
Processum ratione probationis summarium dicunt, de quo vid
Besoldus in Thes. Pract. in voce Summarisch. *Carpzov. in process. tit.
11. art. n. 11.* nobis autem sermo est de Processu summario ratione
Ordinis, nec loqui nos de Processibus summariis respectivis & præ-
paratoriis, de quibus dicitur, in iis exceptiones altiorem indaginem
requirentes non attendi, sed ad causam principalem reservari, ut
habet *Gail. de Arrest. Imper. cap. 3. numer. 13.* Sed de tali processu 25
Summario loquimur, ubi omissis Solennitatibus, Judex tamen nihil
omittit, per quod impediatur, aut occultetur cognitio veritatis, ut
ait *Gloss. in Clement. Sæpe. de V. S. in verbo defensiones. lit. H.* & qui
ab Ordinario differat in judicii approbatione, non in probationis
solennitate, quæ fere eadem est in Ordinario & Summario

Processu. *Puteus decis. 130. l. 3. Francis. Marci part. 1. quæst. 716. & Ste-*
26 *phan. Nathen. d. tractat. d. cap. 8. n. 2.* Hic ergo posset quis concludere: Quo Processu possumus sufficienter & plene investigare veritatem, eum Processum in omnibus causis sufficere: nam finis judiciorum est investigatio veritatis. Ergo si hunc habere possim in Processu non adeo solenni, ad quid tot ambagibus opus est? Et alias Judicum officium est, tricas & longa litium sufflamina recidere ac contrahere, ut graviter in Oratione sua Senatores Curiæ Rotogamesis admonet Michael Hospitalius Cancellarius Galliæ apud *Thuan. l. 35.* quidni magis hoc Principum esset officium? Et subinde in Gallia novæ leges conduntur, quibus Ordo Judiciarius emendatur, & litium ambages resecantur, referente eodem *Thuano pag. mihi 391.* Sed hæc res in sequentibus, Deo volente, fiet clarior, ubi per partes demonstrabimus, tricas illas & ambages parum aut nihil inservire investigandæ veritati. Id tantum in genere hic notasse sufficiat.

27 Sed videamus Hypotheses Doctorum: Prima hæc est: Principem Summum via regia sine figura judicii, sola facti veritate inspecta, rejectis Juris solennitatibus, summarie in causis dijudicandis procedere posse, *Gail. 1. Obs. 42. n. 1. & 2. Asinius in Praxi Jud. §. 3. cap. 3. numer. 3. Marian. Socinus in cap. Quoniam frequenter. n. 25. X. ut lite contest. Thomas Merckelb. in consil. antea citat. illos allegans n. 156.*

* Princeps legibus & jure positivo solutus, non tenetur observare illas solennitates, quas leges constituerunt, nisi sc. se illas observaturum in certis casibus Statibus promiserit, v. gr. Se in Inquisitionibus ordinarium Processum observaturum, sic enim id omnino in casibus dubiis, non liquidis, observare tenetur. Et in Cam. Spir. nullitates Processus prioris instantiæ, si alias de meritis causæ ex actis constet, regulariter non attendi constat, & hoc probatur *ex part. 3. Ord. Cam. tit. 34. fin. princ. Gail. 1. Obs. 42. Mynsing. Cent. 1. Obs. 27. & Cent. 4. Obs. 62.* nisi per nullitatem irreparabile damnum parti illatum, sicut & Pius Papa, & Clemens VIII. constituerunt, ut Auditores Rotæ prætermissis & non attentis solennitatibus, nisi quæ essent ex defectu citationis, jurisdictionis, aut mandati, ad expeditionem causarum procederent, referente *Christin. Vol. 1. decis. 3. n. 19.*

Idem

Google

Idem in aliis summis tribunalibus observari tradit *Afflict. Decis. 283. n. 7.* Scilicet nullitatem Juris Civilis non attendi: & in Gallia, ut ex *Guid. Papæ decisionibus, dec. 50. n. 2. ref.* Christin. *Vol. 2. diss. 348. n. 20.* & in Hisp. *Covarr. quæst. pract. l. 25. n. 1.* Exceptioni superiori addit *Mynsing. C. 5. observ. 93.* etiam hanc: nisi tam tumultuarie conscripta acta, ut Status causæ constare non possit, & si nullitas in secunda instantia non possit emendari, ut si Judex incompetens & prohibitus judicaverit. Nec nullitas semper totum Processum vitiat, sed solum sententiam & hæc in Appellatione emendari potest. *Christin. dict. Decis. 348. n. 8.* Altera hypothesis huic cognata est, quod Princeps possit causas ita delegare, ut Judex delegatus procedat simpliciter & de plano, & sine strepitu & figura judicii, quæ hypothesis probatur *ex d. cap. Sæpe.* ubi hæc facultas Principis præsupponitur, & eandem tradunt *Maranta part. 4. dist. 9. n. 3. Anton. Gabrielius lib. 6. commun. concl. 6. n. 4. seq. Cacheran. decis. 1. n. 18. Horatius Carpanus ad Statut. Mediol. part. 1. cap. 25. n. 3. & Merckelbach. d. l. 2. n. 157.* Princeps causam ordinarie alias tractandam, potest facere summariam, *Vultej. l. 2. Jurispr. cap. ult. in fin. & Jacob. Schultes. dict. observ. 3. n. 253.* quos laudat *Carpzov. tit. 1. art. 1. n. 65.* Sicut enim in Principis Auditorio multa de solennitatibus Juris civilis remissa, *Mynsing. C. 1. obs. 27. & Cent. 4. obs. 26. Carpzov. Process. tit. 2. art. 2. n. 65.* ita non est dubium, quin eo modo committere etiam causas possit *per d. Clement. Sæpe.* Et quamvis plerique hoc ad Summum Principem restringant, in nostro tamen Imperio hæc restrictio exterorum præsertim JCtorum vix locum inveniet, ut notat *Stephan. Nathen. d. tractat. n. 1. in fin.* Ex quibus duabus hypothesibus hoc formari posset argumentum: 28
Quod si Princeps ipse non tantum summario Processu in cognoscendis causis pro lubitu uti, sed etiam aliis hoc modo causas cognoscendas committere potest, cur non idem Statuto in Provincia tota fieri possit, ut abrogato Processu Ordinario, certa forma procedendi judicibus in omnibus causis observanda præscribatur? Deinde Dd. in 29
sententia illa, quam ex *Mynf. d. cent. 6. obs 17.* supra proposuimus, præsupponunt: Statuto municipali introduci posse, ut in causis judiciariis summarie procedatur; nam nisi tale Statutum valeret, frustra

dubitassent Camerales, an Processus Ordinarius ex consensu partium institutus valeat: nam si Statutum illud invalidum, nullam habuissent de invaliditate illius Processus dubitandi rationem. Talium Statutorum exempla habet *Menoch. Libr. 1. arb. qu. 9. n. 5. & seq.* & valere Statutum, ut lite non contestata, sed facta aliquali tantum responsione, ad definitivam procedatur, tradit *Dn. Kobl. Exerc. 5. n. 11. Mynsing. Cent. 4. Obs. 62. citans Guid. Papæ Decis. 369.* Et in Camera proceditur, licet in priori instantia litis contestatio nulla facta sit,
30 modo de meritis constet *Gail. Lib. 1. Observ. 75.* Et huc collimat Statutum, quo Sereniss. Saxoniæ Elector in suis Provinciis saluberrime constituit, ut litigantes jura sua de simplici & plano, ore tantum absque scriptis mutuis, viva voce proferant, scilicet, ne per apices Juris & subtilitates Legum domi excogitatas, & in scriptis conceptas lites protrahantur, sed citius finiantur. *Schneidew. ad § Omnium 99. Institut. de Actionibus. Rosbach. part. 1. n. 6. & Carpz. part. 1. Jurispr.*
31 *Const. 9. def. 1.* Sed interdum tamen permissum est Judici, partes ad alterna duo scripta ex intervallo quatuor septimanarum interponenda, admittere, si tales incidant disputationes, quæ Exceptiones peremptorias, vel exhibita aut producta literaria documenta, &c. concernant. *Carpz. d. Const. 9. def. 2.* qui mos proponendi in Lusatia quoque receptus, & solet non ex tempore responderi, sed interposito diei spatio Responsio coram Notario & alterius Advocati amanuensi in calamum dictari, ut ita metuendum non sit, ne præcipitatio, quæ Noverca Justitiæ est, causæ Justitiam pessundet. Utinam vero hic mos proponendi passim introduceretur, non tot querelæ passim de protractis litibus & litium immortalitate audirentur, nec
32 tot suspiria Regiones passim gravarent. Deinde ipsi JCti hoc tradunt, quoties controversia juris occurrit, ubi non de facto, sed de jure quæstio est, non esse admittendum Processum Ordinarium, quia tela judiciaria ad facti solam informationem fuit inventa. Jus nostrum probatione opus non habet, sed facta sunt probanda, & ad ea jus applicandum, in quo tamen difficultas, & si jus controversum illud sequendum, quod est receptius & æquius. Si de Consvetudine, aut statuto lis, ea in facto potius, quam in jure consistit. *Struv.*

Ex.

Ex. 27. thes. 8. Bachov. Vol. 2. D. 4. lit. C. Wisenbach. Disp. 43. th. 6. Ideo quæstiones Juris de plano expediendæ. *Innoc. in Cap. Cum inter. 5. X. de consuet. & ibi Ægid. de Bella Mera n. 4. Joh. Bapt. Ferretus consil. 45. n. 2. M. Anton. Cuchus. Tract. de legitim. n. 6. Thomas Merckelbach. inter consil. Klockii Vol. 2. consil. 3. Mevius p. dec. 28.* Sed quota quæso pars est Processuum, qui super dubietate facti instituuntur?

Cum autem Juris quæstio sit duplex, alia finita, alia infinita, 33
quæ remotis personis, temporibus, locis, aliisque circumstantiis in utramque partem tractatur, sæpissime usu venire solet, ut Advocati non tantum finitas quæstiones Juris, in quibus omnino dubium esse potest, sed infinitas, imo vulgares & in Scholis atque a quæstionariis in utramque partem disputatas, in productis suis operose tractent, quod semper intolerabile visum, nam Judicibus præsumitur constare, quæ sententia sit in Jure verior, vel pro se æquitatem habeat, majorem mereatur applausum, quæ in judiciis receptior, & quæ in hoc ipso Dicasterio hactenus fuerit recepta, & præjudiciis atque judicatis confirmata sententia, adeo, ut non sit concedendum Practicis, de talibus infinitis quæstionibus identidem disputare, & antea decisa in dubium vocare, aut si non appareant præjudicia, semper fieri debebat conclusum, quam sententiam Consiliarii in posterum sint in judicando secuturi, ut præcidatur omnis occasio Advocatis de talibus quæstionibus quasi in, Schola disputandi. Aut si Principis authoritas necessaria existimetur pro casus contingentia, quæstionis decisio ab eo petatur.

Factum autem, si dubium sit, quid opus est longo litium suf- 34
flamine, vel potius disputationibus? Proferantur probationes, producantur documenta, examinentur testes, singulis articulis responsiones testium immediate subjungantur; aut si forte argumentis artificialibus seu conjecturis opus est, ut interdum in delictis, in ultimis voluntatibus & præcipue fideicommissis fieri solet, pro re nata concedi possent alterna scripta, trium vel quatuor septimanarum spatio Judici offerenda.

Huc pertinet Constitutio Prutenica Serenissimi Electoris 35
Brandenb. Johannis Sigismundi *d. tit. 12. §. 13.* Ubi constituit, ut in

causis

causis gravioribus, vel quæ 500. florenos Polonicos excedit, ordinario quidem judicio procedatur, ut tamen nullum productum ultra tres diversiones, id est, sex folia debito modo conscripta acceptetur, nec pars ad id respondere teneatur, exceptis prolixis testimoniorum deductionibus, puta Salvatione testitum, Exceptionibus, quæ dicta, aut personas testium concernunt, aliisque probationibus, in quibus ad summum quinque diversiones, non connumeratis tamen documentis, admittuntur, ita tamen ut nihilominus cum permissu Judicis id fiat. Idque sancitur sub mulcta decem Ungaricorum, judicio, coram quo causa vertitur, solvendorum, & præterea rejiciendum scriptum, & pars ad refusionem expensarum condemnanda. Quæ sane salutaris Prussiæ Constitutio est, quæ ita substringit scripturi-
36 entium appetitum. Imo statuunt etiam Doctores communiter, causas parvas seu modicas ad Processum Ordinarium nunquam remittendas esse, quia sumptus Ordinarii Processus absumere solent illud, de quo est controversia. *Menoch. lib. 2. Arb. qu. cas. 7.* imo Actorem de re minima conquerentem a judicio repellendum dicit *Carpz. part. 1. Jurispr. Const. 1. def. 9.* quod tamen cum grano salis accipiendum, cum etiam res minima pauperi major esse possit, quam diviti magna summa: nam & parvæ res, si de Justitia agatur, magnæ sunt, ut *ex August. lib. 4. de Doctrina Christ. cap. 16.* dicit *Steph. Nathen. d. Tr. tit. 2. cap. 6. n. 1.* quippe justitia, suum cuique tribuens, non distinguit inter magnum & modicum, ut *ex Valasco in praxi partitionum part. 4. n. 4. & seq.* tradit *Stephan. Nathen. d. l.* ubi *ex d. Valasco & Covarruvia lib. 1. Var. Resol. cap. 3. n. 11. Menoch. lib. 2. A. Q. cas. 75. n. 2.* etiam minoribus ex modicis dari restitutionem, refert, cum quibus etiam sentit *Pinell. in L. 2. C. de rescind. vend. part. 1. cap. 1. n. 25. seq. Pallida in L. Quamvis. C. de jur. & fact. ignor. n. 3.* & quos allegat *Hillig. in Donell. lib. 21. cap. 9. lit. L.* quippe tunc demum propter satis minimam rem restitutionem non dari, quando majori summæ, vel rei præjudicatur *per L. Scio. 4. ff. de restitut.* v. g. Si pluribus rebus venditis læsio in una tantum facta eaque parva habito respectu ad rem vel quantitatem admittendam, si a toto contractu discedatur. *Accurs. ad L. Scio. & Donell. ac. ibi. Hillig. in not. lib. 21. c. 22. lit. P. Francisc.*

Google

rijc. de Caldas ad L. Si Curatorem. 3. C. de in integr. restit. min. verbo lesit. n. 70. Aliud vero, si quis emat plures res, si modo omnes, quam
plures res distincto pretio venditæ, *Caldas d. l.* Quod si igitur in 37
re minima Justitia administranda est, & illa recte administrari potest
sine ambagibus illis Processus Ordinarii, exigente id publica utilitate, utique id etiam in majoribus summis fieri potest, eadem publica utilitate svadente, nam Justitiæ est, ne quidem in minimis lædere. At inquis, multa alia specialia esse rei minimæ *per Auth. Nisi bre-* 38
ves. C. de Sentent. experic. recit. Novell. 17. cap. 3. Qua de re *Tiraq.* agit *in Tract. de judicio in reb. exig. ferendo. T. 5. Oper. Tiraq. & Barbosa ad L. 14. n. 14. ff. Sol. Matrim. Sigism. Scaccia lib. de Judiciis cap. 53. n. 13. Frideric. Mindan. lib. 3. de cont. caus. cap. 19. n. 24. & seqq. Damhoud. Prax. Civil. cap. 23.* Ad id reponimus: Ita nude argumentum non probare quicquam; sed in his tamen, quæ non in regulam juris naturalis impingunt, & per quæ æque veritas investigari potest, si publica utilitas svadeat, idem constitui posse putamus, quia Doctores ipsi in modicis causis admittunt eandem publicam utilitatem: nam & in non modicis, sed majoribus summis interdum sumptus litis excedunt ipsam summam quæstionis.

Deinde Dd. statuunt, in Matrimonialibus causis summarium 39
Processum locum habere *Mevius p. 2. dec. 366.* cum tamen causæ matrimoniales civilibus aliis pecuniariis graviores sint, & causis status æquiparentur, *Hillig. in Donell. lib. 42. c. 17. lit. I.* & capitalibus causis, *Dn. Carpz. l. 3. Resp. 57. n. 3.* & tamen in ipsis summarie, remoto velo proceditur. *Idem Carpz. d. Resp. n. 1.* Si igitur salva Justitia istud placuit in arduo hoc negotio, cur non idem placere salva Justitia Statui Imperii possit in pecuniariis causis? In caussis Criminalibus præsertim, ubi per inquisitionem proceditur, non esse locum Processui
Ordinario, sed Summario, id vero tradunt Dd. & probare volunt 40
ex L. Ordo. 8. ff. de public. judic. & L. 12. ff. de pœn. Ummius disp. 1. th. 2. num. 12. Carpz. & quos ibi allegat in Prax. Crimin. qu. 103. n. 18. seqq. Quod si igitur in causa gravissima, quæ non bona temporalia, sed vitam & famam hominis concernit, Summarius Processus sufficit, quidni sufficeret in causis pecuniariis, quæ nunquam Criminalibus

æquiparari possunt? Sed dicat aliquis: Processum inquisitorium tantum super delictis notoriis institui. Ad quod reponimus hoc: Processum inquisitorium etiam super delictis occultis instituendum, v. g. super adulterio, super Homicidio noctu commisso, super Veneficio, Magia, Furto clam commisso & multis aliis: Sæpe etiam factum est notorium, sed qualitas facti est ambigua, v. g. ubi alterum interficiens, allegat, se ad defensionem vitæ suæ illud fecisse &c. Si ergo in his remoto strepitu forensi procedimus, quod nemo improbabit, si modo substantialia, de quibus suo loco, observentur, cur non idem in pecuniariis causis constitui possit salva Justitia?

41 Judicium quoque dividitur in Civile, quod etiam pœnales pecuniarias causas complectitur, & Criminale. Quot in judicio Criminali errores vulgo admittantur, verbis non potest exprimi. Sicut enim in Civilibus in excessu peccatur, nimis scrupulose omnia ad amussim pensitando. Ita in Criminalibus in defectu, sæpe negligitur Responsio Rei, plerumque vero defensio Rei omittitur; circa testes rario inquiritur, an sint Inquisiti inimici, non interrogantur de causa scientiæ, & multi alii errores passim deprehenduntur. Causa est, quod Judices vel ipsi careant scientia, interdum etiam conscientia, & ipsi interdum Processu inquisitionis digni, vel adhibeant Notarios parum doctos, vel quod velint parcere sumptibus, properant ad definitivam, &c. Quibus defectibus generali quadam Constitutione & formæ Processus ad ungvem observandi descriptione obviari poterat. Merum imperium olim raro committebatur, imo mandari non poterat per *L. 1. ff. de offic. ejus, cui mand. est. jurisd.* Sed cum hodie in feudum una cum bonis aliis immobilibus, vel Privilegii loco, interdum titulo oneroso Civitatibus concedatur, certam procedendi rationem his præscribere operæ pretium erat, ne male hoc jure utantur. Sed de hoc alibi.

42 Judicia Civilia sunt vel Personalia vel Realia: Hæc ex Dominio, vel possessione, vel pignore, vel servitute, vel jure hereditario dantur, & sunt vel Petitoria vel Possessoria: Divisio inter Petitorium & Possessorium ad realem actionem tantum pertinet. Petitorium est, ubi de proprietate rei corporalis, vel juris lis est. Possessorium, ubi de

de possessione titulata lis est, vel nuda. Cognoscitur autem, utrum Petitorium, an Possessorium intentatum sit, ex conclusione, *Hartm. Pist. lib. 1. qu. 45. n. 22. Quetta cons. 95. n. 1. Wammes. Cons. 78. n. 1. T. 1.* v. g. quando petitur res restitui, intelligitur petitorium, nisi narrata possessorium respiciant, *Menoch. in prælud. de recup. possess. n. 12.* Si vero petatur in possessionem mitti, vel manu teneri, vel possessionem restitui, possessorium est. *Menoch. d. l. n. 11. Klock. V. 2. Cons. 2. n. 3. & seqq.* Sic si petatur, ut jubeatur Reus cessare a turbatione, & cavere, tunc possessorio ordinario agere præsumitur, *Carpz. lib. 1. Resp. 45.* modo cautio in supplici libello statim petita. Nam in momentaneo possessorio ob continuatam contumaciam etiam cautio injungi potest, *Mevius part. 3. dec. 193.* Sic cum titulus allegatur, (non ad colorandum possessorium, *c. Licet. 9. de probat.*) vel exceptionibus ad Petitorium pertinentibus utitur Reus, petitorium præsumitur, *Cravett. tit. 3. Cons. 342. n. 2. seqq. Wammes. Consil. 78. n. 3.* Sed si Conclusio sit generalis, (quod interdum consultum est, si quis dubitet de actione,) propositæ narrationi subjici solet conclusio generalis cum clausula: super quibus mihi jus & justitiam peto administrari. *Quetta cons. 97. n. 2.* Tunc autem accipiendum, quod Actori utilius. *H. Pist. d. quæst. 45. n. 6* & si conclusio sit: ne molestetur, præsumitur possessorium illatum. *Menoch. d. l. n. 18.* Si autem ad se rem pertinere dicat Actor, petitorium est. *Hartm. Pist. pag. 14. qu. 18. n. 2.* & possessorium adipiscendæ, vel recuperandæ possessionis potest cum petitorio conjungi, *l. 18. §. 1. de vi & vi arm.* non vero retinendæ. *Quetta d. l. n. 8. H. Pist. part. 4. qu. 28. Carpz. tit. 1. art. 5. n. 1.* Et si dominium non probatum, sed possessio tantum, de hac Judex sola pronunciare potest. *Carpz. d. l. n. 15. cap. 2. X. de causs. poss. H. Pist. p. 1. qu. 45. n. 13.* Petitorio tamen solo intentato non licebit Judici super Possessorio pronunciare, *c. ult. X. de causs. possess. L. Ut fundus. 18. ff. Com. div. H. Pist. p. 1. qu. 4. n. 1. Carpz. n. 8.* ut nec in contrario casu, si liquet dominium, & de sola possessione lis. *Carpz. n. 26.* ubi id limitat, nisi addita clausula salutaris, modo narrata ad utrumque referri possint, & hoc in Actoris incommodum non tendat, & proprietatis sit facta in libello mentio. *Menoch. de recuperand. poss. p. 1. n. 6. Nevizanus Consil. 75. n. 5.*

43 *Hartm. Pist. d. l. n. 26.* Quamvis enim ad expediendas lites Reip. utilius forte esse possit, ut statim petitorio ageretur, sæpe tamen ei, qui rem petere vult, expedit, potius agere Possessorio, & tentare, an aliquo Interdicto nansisci possessionem possit, quia longe commodius est ipsum possidere, & adversarium ad onera Petitoris compellere, quam alio possidente petere, sunt verba JCti *in L. Is, qui destinavit. 24. ff. de*
44 *R. V.* Sed in hoc partes sæpe falli, cum interdum expediat, statim potius Petitorio agere, quam Possessorio, tradunt *Vultej. Consil. Marp. 34. n. 64. Vol. 1. & Consil. 29. n. 196. Gœdd consil. 28. n. 2253. vol. 3.* quos citat *Hillig. ad Donell. lib. 20. cap. 2. lit. T.* & præter hos *Cothm. consil. 55. n. 90. Vol. 2.* Sed in hacre, præsertim quando de juribus incorporalibus agitur, e re Reipub. foret, ad omnem confusionem vitandam, præscribere certum modum, quomodo in petitorio, quomodo in possessorio concludi debeat, de quo *Menoch. in prælud. remed. recup. possess. n. 11. & seq. Cæsar Contardus in L. un. C. si de moment. possess. qu. 12. n. 38. & seq. Caspar. Klock. Vol. 1. conf. 10. n. 117. & seq.* Nam hic sæpius errari, ex eo apparet, quod in concipienda sententia sæpe hæc difficillima sit concertatio: An possessorium, an vero petitorium sit intentatum, adeo utrumque videtur esse confusum.

45 Possessorium in Practica & in specie retinendæ possessionis dividitur in Ordinarium & Summarium seu Summarissimum, de quibus hic non est agendum fusius, sed vid. *Gail. 1. obs. 7. Carpz. lib. 1. Resp. 9. Menoch. in prælud. recup. possess. n. 24. & seqq.* Non inepte autem disputat contra illam distinctionem *Petr. Frider. Mindan. Tr. de interdict. Comment. 13. n. 24. & seq.* quod in jure nullibi fundata, quo quippe in possessorio succumbenti nullum nisi petitorium proprietatis judicium indultum reperitur, & ineptum ipsi videtur, si quis per interdictum præparatorie saltem consequeretur possessionem, de qua nihilominus in plenario possessorio cognoscendum, & quod per hanc Summarii & Ordinarii differentiam nihil aliud, quam litium contra Legum & juris rationem multiplicatio inducatur, &c. a quo non dissentit *Sarment. lib. 2. select. Interpr. c. 13.* qui summarissimum quod vocant possessorium juri ignotum censet, cum olim quodvis possessorium longe citius, quam Summarissimum hodie solet, expediretur.

Præ-

Præcipuum est, quo defendere istam solent distinctionem 46
Practici, scilicet Summariissimum possessorium ob periculum armorum, quando partes in Procinctu armorum stant, inventum: ad hoc enim ordinatum esse illud summarium vel Summariissimum Possessorium, ne lite pendente super Possessorio Ordinario (quod vitio seculi nostri diutissime durat) partes veniant ad arma, se invicem turbantes, ensemque pro libello ostendentes. *Gail. 1. obs. 5. n. 2. Masard. de Probat. conclus. 1203. Franc. Becc. Consil. 21. n. 10.* Ideoque ad hoc remedium extraordinarium nunquam Judicem devenire debere, nisi probabiliter de periculo armorum prius constet. *Jo. Bapt. Plotus de in litem jur. §. 3. n. 28. Contradus in d. L. un. C. si de moment. possess. in quinta ratione dubit. n. 10. Thomas Merckelbach. inter consilia Klokeii. Vol. 1. consil. 4. n. 3.* Quamvis autem ratione immediatorum Imperii 47
subditorum, aliisque casibus, in quibus Constitutio Imperii super litigiosa possessione locum habet, de quibus vid. *Ordin. Cam. tit. 21. para. 2. Gail. 1. Obs. 5. & seqq.* ratio hæc aliquem colorem habeat, in subditis tamen uni eidemque Principi subjectis, vix hæc ratio sustinebitur, ubi vel unico mandato pœnali (modo talia mandata semel atque iterum per executionem in effectum deducantur) talibus violentiis & armorum collisionibus obviari potest, ut non videatur opus esse tot possessoriorum apparatu, si modo possessoria ad antiquam formam reducantur. Distinctio tamen illa in praxi recepta & in Ca- 48
mera approbata per *Ordinat. Cam. tit. 2. in fin. Carpzov. d. t. 1. act. 1. n. 32. seq.* Sed inter Summariissimum & Summarium nulla est differentia. *Carpzov. d. l. 5. 4. num. 39.* Differentia autem inter Summarium & Ordinarium Possessorium est. I. Quod in Summario possessorio sine ulla figura judicii, sed officio Judicis nobili procedatur. *Carpz. l. 1. R. 10. Gail. l. 1. Observ. 7. n. 5.* Unde sequitur, quando ordinarie proceditur & per disputationes fori, non esse Processum Summarium. II. In Summario imperfectæ probationes recipiuntur, quia modici hæc causa præjudicii, dum provisionale tantum est remedium, & interim constituta possessio, ac per possessorium ordinarium facile præjudicium tolli potest. *Gail. d. l. n. 6. Castr. Cons. 3. Vol. 2. Covarruv. pr. qu. 17.* III. In Summario judex ex officio co-

gnoscit, non vero ordinario. *Carpz. l. 1. R. 15. n. 6.* IV. Sententia in Summario lata est interlocutoria; in ordinario est definitiva. *Gail. d. l. n. 4. & 65.* Hinc ab illa non potest appellari, bene tamen ab hac. *Menoch. de recup. possess. in Prael. n. 32. Gail. d. observ. 7. in fin. Mynsing. c. 6. obs. 13.* V. In summario junior possessio attenditur, modo non sit controversa, in ordinario antiquior. *Mev. P. 3. decision. 91.* VI. In Summario ea tantum Attentara revocantur, quae pendente lite facta, *Mevius p. 3. decis. 94. &c.* Duplici autem modo hoc judicium possessorium summarium peragi solet, per cognitionem Judicis summariissimam, vocatis partibus, vel per Inhibitiones, postquam Judex sum-
49 marie se formavit. *Carpz. de Process. t. 1. artic. 5. n. 49. &c.* Sed quid judicandum de illo statuto, non tantum in foro Saxonico, sed passim recepto, quod ex instrumento liquido, seu, ut vocant, guarentigiato parata sit executio, & cognitio insuper instituenda sit summaria, ac exceptiones altiorem indaginem requirentes ad aliud judicium reconventionis remittantur, qua de re *Dn. Carpzov. part. 1. constitut. 8. def. 14. & seq. Berlich. part. 1. concl. 80. n. 59. & mult. seq.* & quos prolixe cumulat *Hillig. in Donell. lib. 24. cap. 5. lit. D.* & quae habet *lib. 22. cap. 1. lit. C.* Sane jure Civili hoc statutum ex omni parte non approbari, exceptis nonnullis casibus, v. g. Testamenti, Depositi, & simil. recte statuit *Boer. decision. 295. n. 6. & seq. Berlich. d. conclus.*
50 *80. n. 58.* Statuti hujus causas duas recenset *Carpzov. part. 1. const. 8. def. 14.* quia 1. si exceptiones per testes probandae admitterentur, executivus Processus in ordinarium mutaretur. 2. Quia Actor volens
51 executive agere, tenetur per instrumenta probare, Ergo & Reus. Statuitur illius triplex effectus. 1. ut detur executio, si nullam exceptionem opponat. 2. Si aliam opponat, de eo summarie cognoscatur. 3. Si exceptio ulteriorem indagationem requirat, rejiciatur in conventio-
51 nem. Excipiunt autem exceptiones, quae ipsum contractum annihilant, & intentionem Actoris plane subvertunt. *Card. Mantica de tac. & amb. Conv. l. 10. tit. 20. n. 21. Carpz. part. 1. c. 8. def. 19. & 21.* nam nisi hae admitterentur, condemnaret Judex Reum, dubitans, an Actoris intentio fundata, quod jura non patiuntur. Sic exceptio non numeratae pecuniae potest opponi instrumento liquido, quia inest haec conditio, si nume-

numerata fuerit, tacite ipsi confessioni mutui. *Carpz. d. const. 8. def. 20. Hartm. Pist. p. 4. q. 12. n. 7. Facb. l. 2. c. 84.* Sic potest opponi Exceptio SC. Maced. quia ex ipso contractu oritur, & ipsum fundamentum atque intentionem Actoris evertit. *Carpz. d. l. d. 21.* Idem de Exceptione erroris calculi & de confessione erronea. *Carpz. d. 24.* Idem dixerim de Exceptionibus, tu non es nominatus in instrumento, item contra tertium non datur executio. *Mev. p. 4. dec. 84.* Idem in Exceptionibus, tu non implevisti contractum ex parte tua, *per L. Julianus. 13. §. Offerri. de A. E.* Idem quod in minoris utilitatem non versa fuerit pecunia. Idem puto dicendum de exceptionibus pecuniæ in utilitatem Civitatis non versæ, *per. L. Civitas. ff. de R. C.* quia his casibus ipsa intentio Actoris evertitur. Actio Depositi est paratæ Executionis, qua omnes Exceptiones repelluntur. *L. pen. C. Depos.* licet hoc neget *Wissenb. D. 31. th. 14.* quia autem Exceptiones in continenti probandæ dicuntur, ideoque notandum, quod in continenti etiam ea fiant, quæ intra biduum fiunt, vel etiam intra plures dies. Nam id arbitrio Judicis committendum, *not. in l. f. Cod. de Error. calc.* Remedium *l. fin. C. d. Ed. D. Adrian. toll.* tribuit testamento visibili vitio non laboranti Processum Summarium, ut licet alter velit opponere exceptionem vitii invisibilis, vel personæ Testatoris, vel ipsi testamento, non tamen audiendus sit *per trad. Menoch. Remed. 4. adipisc. poss. qu. 82. n. 683. seq.* nisi exceptio defectus in continenti possit probari, forte ex ipso testamento, vel aliunde, *Menoch. d. l. n. 729. & 746.* idem si personæ heredis incapacitatem opponat. *Menoch. n. 759.* Illud autem hic deliberandum putamus, annon id, quod de parata executione dicitur, & de exceptione non admittenda, quæ altioris sit indaginis, aliquod temperamentum accipere debeat? nam licet per hoc statutum lis cito sopiatur, & jus cuique cito reddatur, ex alia parte tamen metuendum, ne lites etiam sine necessitate multiplicentur, cum Reip. intersit, ne finis negotii alterius causæ exordium fiat, & modus litium multiplicetur, per allegata *Parthenus litig. l. 1. cap. 2.* nam quod summarie in tali causa procedendum sit, videtur omnino æquitati consonum, ut suus talis instrumenti liquidi sit effectus. Sed quod exceptiones per testes v. g. probandæ rejiciantur, id non videtur adeo

uni-

universaliter constituendum, cum etiam in Processu Summario aliquid per testes probari possit, & contingere potest, ut aliquis habeat exceptionem in Jure fundatam, & non habeat his temporibus deploratis sumtus ad novum Processum inchoandum. Quam difficilis hodie executio sit, omnes, qui in judicio versantur, norunt, sed ita pro una Executione duplex necessaria erit, si Actor in Reconventione succumbat. Et in supremo Electorali Saxonico Appellationis judicio admitti probationem per testes refert *Carpz. p. 3. d. 269.* Videndum igitur, an non in terminis Juris Civilis & in quib. casib. Jure Civili agitur ex instrumento liquido melius omne admittatur probationum genus, modo summarius Processus non alteretur, & intra brevius temporis spatium, arbitrio Judicis definiendum, cui alias Dd. illud, *in continenti*, submittunt, lis definiri possit, imo si intra terminum executioni rei judicatæ præscriptum fieri possit probatio, etiam admittendam eam esse contra instrumentum liquidum, tradit *Mevius p. 3. dec. 319. & ad retundendam calumniam* potest. Reus insuper compelli potest ad juramentum malitiæ præstandum, ut ita & materia calumniandi præcidatur, Actori consulatur, nec lites præter rem multiplicentur, & ita propius accedet illud statutum ad terminos juris Civilis. Forte etiam nobile illud Remedium *L. fin. C. de Edict. Div. Adrian. toll.* simile temperamentum, ex æquitate a Principe adhibendum, non respuet. Et hic obiter facere non possumus,
54 quin examinemus illam sententiam, qua statutum, instrumenta illa liquida adeo executioni mandanda, ut etiam si reus super exceptione juramentum vellet deferre Actori, non tamen audiendus sit. Approbare hanc ipsam videntur *Daniel Mollerus lib. 2. Semestr. cap. 36. Zanger. de Except. part. 3. cap. 26. n. 120. Carpz. part. 1. Const. 8. def. 16.* quamvis fere contrariis rationibus utantur. Zangerus enim utitur hac ratione, quod probatio per juramentum non sit legitima probatio; Carpzovius vero cum Mollero, quod juramentum sit quædam species legitimæ probationis, atque adeo ad Processum ordinarium remittenda. Sed ab hac sententia divortium facit *Hartm. Pist. p. 4. qu. 13.* quem tamen alii pro se citant, *Roder. Suaretz. in repet. L. Post rem judicatam. §. Sed ad prædictorum. p. m. 658. ff. de re jud. & Joach.* Sche-

Digitized by Google

Scheplitz. part. 4. Consv. Marchic. tit. 3. §. 2. & 3. n. 18. & seq. Johan. à Sande l. 1. tit. 8. def. 3. in fine, si præsertim persona creditoris præsens. Quacunque enim actione quis conveniatur, juramento locus est. *L. Aut Prætor. 3. §. Quæcunque. 1. ff. de jurej.* Et jusjurandum & ad pecunias, & ad omnes res locum habet, *c. l. §. 2. & 3. & l. 34. pr. ff. d. t.* Ad argumentum Zangeri respondet *Hartm. Pistor. n. 26.* Constitutionem Provincialem in genere requirere & probationem & juramentum: & juramentum habendum esse pro legitima probatione, eo quod plenam fidem faciat. Cæterum illa ratio, quæ videtur contraria, quod sit legitima probatio, non videtur concludere, cum præsupponat, solum in Ordinario Processu legitimam probationem requiri, quod tamen universale non est. Nam & in summario habemus legitimam probationem per instrumenta. In jure civili salubriter et- 15
iam constitutum, ut causæ Criminales biennio terminentur, a die litis contestatæ inchoando per *l. ultim. C. ut. intra cert. temp. crimin. quæst. term.* Causa vero Civilis triennio, per *L. Properandum. C. de Judiciis.* Saluberrima autem hæc Constitutio primo in desvetudinem abiisse dicitur per Constitutionem Juris Canonici *in cap. pen. X. de judiciis. Scaccia in Tr. de Appellat. quæst. 18. n. 275. Maranta de Ord. Judic. part. 5. lim. 1. n. 14. Guttieretz. de juram. confirm. part. 3. cap. 5. n. 3. & seq.* Sed hanc sententiam *Covarr. in C. Quamvis. part. 2. §. 1. n. 10. Zasius in tit. Decret. de Judic. n. 13. & seq. Cujac. d. c.* non immerito reprobant, quos sequitur *Ritthershus. in differ. jur. civ. & can. l. 5. c. 1.* quod dictus textus non simpliciter dicat, instantiam Judicii triennio non perimi, sed de subterfugiis loquatur & cavillationibus Adversarii, quibus lis per triennium prorogata, dolo malo, eoque consilio, ut post illud tempus possit objicere præscriptionem triennii, quæ dolosa protractio ipsi prodesse nequit, cum nemo ex dolo suo debeat lucrari, neque in *d. cap. pen.* habentur verba, novum jus inducentia. Sed magno Reip. malo etiam error hic paullatim consvetudinem peperit. *Rittershus. d. l.* Nam in Consistorio Principis dispositionem *d. L. Properandum. C. de Judic.* non obtinere, sed instantiam coram Principe esse perpetuam, tradunt *Marant. d. part. 5. limitat. 2. n. 18. Gail. lib. 1. de pac. publ. cap. 9. n. 15. Mynsing. C. 2. observ. 48. & Cent. 3. obs. 44.*

 n. 9.

n.9. Scacc. d. qu.15. n.266. Sed hæc ſine ulla ratione dici, recte notat *Matth. de Afflict. deciſ.280. n.4. Rittershuſ. d.l. circa fin.* Nam *d. L. Properandum.* inter cauſas coram Principe & aliis inferioribus ventilatas non diſtinguit, niſi per Principem ſtaret, quo minus lis triennio abſolvi poſſet, de quo caſu loquitur *Novell.23.cap.2.* In Camera tamen iſtam *L. Properandum.* locum non habere, cum propter multitudinem cauſarum, quibus obruitur, tam cito expediri non poſſint lites, aſſerunt *Scacc. d. q.15. n.266. Mynſ. C.2. Obſ.48. n.4. Gail. l.1. Obſ. 141. n.7.* idque in omnibus omnium judicum judiciis obſervari, nec ullum primæ inſtantiæ tempus conſiderari, teſtatur *Zanger de Except. part.1. c.1. circa fin.* & quos longa ſerie allegat *Hilliger. in Donell. l.26. c.2. lit. Q. Meichſner. lib.3. Dec. Cam.16. n.1. & 2.* idque merito dolendum eſſe dicit *Stephan. Nathen. d. Tr. part.2. tit.2. cap.5.* Ubi hanc Conſtitutionem in uſum revocandam eſſe cenſet, & inveteratum judiciorum ab uſum vocat *Hillig. d.l.* Et quidem in inferioribus Statuum judiciis antiquatio illa nullo colore, forte ex prava imitatione Cameræ Spirenſis orta. neque enim in illis judiciis tanta multitudo & confluxus cauſarum eſt, ut lites non poſſint triennio finiri, quippe criminalia judicia longe omnibus civilibus graviora, aliquot menſium ſpatio abſolvi ſcimus. Et quamvis trienium nimis breve exiſtimet *Frid. Schenck. L. B. a. Tautenberg. lib. 2. Progymnaſm. tit.14.* tamen ſi judiciorum ordo priſco vigori & nitori reſtitueretur, ſatis id longum cenſet *Hillig. d. loc.* & recte ait Author von Verbeſſerung des Juſtitien-Weſens / *apud Webner. pag.373. col.2.* Wan nun der Proceß alſo angeſtellet und gehalten wird / (als man denn nicht auszudencken vermag / warumb es nicht ſolte geſchehen können /) und nicht wohl müglich / daß er / wann ſich auch der Beklagte auffs euſerſte die Sachen auffzuhalten bemühet / auffs allerlängſte über drey Jahren währen könne; ja es würde ſich befinden / daß die allermeiſte Sachen gar wohl in einem Jahr und noch eher ihre Endſchafft werden in dieſer erſten Inſtantz erreichen / und auch die Referenten und Urtheilsfaſſere gröſſerer Mühe und Arbeit / ſo ſie ſonſten wegen des groſſen und ungeheuren Hauffens / der vielen unnöthigen / weitläufftigen Producten und Schrifften überhaben ſeyn / auch wohl in vier / fünff oder mehr Sachen die Acta eher und

leich-

by Google

leichter / auch besser als zuvor in einer geschehen mögen / werden lesen und referiren können. Sed ut nunc res sunt, vix illud sperandum esse, putat *Hillig. d. l.* quod fatemur quidem, sed impossibile non esse, res ipsa dictitat· cum ab unius Principis aut Status voluntate dependeat, & una sanctione res tota expediri possit. Sicubi autem observetur illa Constitutio *L. Properandum. C. de Jud.* videtur distinguendum esse inter judicium Principis & alterius Judicis. Nam quando per moram alterius Judicis lapsa instantia, datur parti actio contra Judicem, sed si propter tenuitatem, vel potentiam, vel absentiam Judicis, aut quod Judex justam causam moræ habuerit, vel multis negotiis distentus suum non consecuta sit, eo casu in subsidium datur restitutio, quæ sententia est verior *per d. L. Properandum. §. fin. C. de Judic.* & receptior. *Gilken. ad d. l. L. Properandum. §. Sin autem utraque. C. de Judic. n. 9. & seqq. & ibi Sich. n. 4.* licet in Appellationibus mora Judicis parti non soleat nocere, juxta tradita Dd. Denaisius *de Jure Cam. Tit. 33. n. 9.* In causis fiscalibus & Tributorum brevius tempus statutum, *d. l. 13. §. 1.* scil. 6. mensium, *l. ult. C. de Jure Fisci.* in causis Clericorum duo menses *Novell. præf. §. ult*

Personæ judicium constituentes sunt vel Judices, vel litigan- 57
tes. Judices regulariter omnes esse possunt, qui non prohibentur, *arg. L. 43. ff. de Proc.* vel natura, vel lege, vel moribus, de quibus *Coll. Arg. in tit. de judic. th. 27. & seqq. Rosbach. de Proc. Civil. t. 4. n. 11. & seqq. Gilhaus. in Arbore Civ. cap. 9 ramusc. 10. n. 3. & seqq.* De minore, 58
octodecim tamen annis majore extat textus *in L. 57. ff. de re judic.* Minorem ad judicandum non compellendum esse, dicitur *in L. 41. ff. de Arbitr.* sed posse tum judicare, si vel magistratus sit, vel scientibus ac petentibus partibus datus sit, modo sit major octodecim annis, & sit nulla inter has pugna. *Hillig. in Donell. lib. 17. c. 42. lit. G. Matth. Stephan. de Jurisdict. t. 1. cap. 17. n. 26. Struv. de Judic. th. 16. Zæs. num. 20. Wissenbach. th. 12.* Legum etiam peritum esse Judicem debere, pro- 59
batur per *Novell. 82. c. 1. & l. 13. C. de Sentent. & interloc.* ibi: *omnes Judices nostros veritatem & Legum & Justitiæ sequi vestigia jubemus.* quod magno cum justitiæ detrimento hodie negligitur in tanta ubique doctorum virorum copia. Restringunt vero hoc ad eos Judi-

d 2 ces

ces, qui non habent peritos Assessores, cum ita solus Judex debeat
judicare, nam si habent Assessores doctos, per horum peritiam de-
fectus scientiæ suppletur. *Matth. Stephan. d. cap. 17. n. 12.* Sed ex Ro-
berto distinguit *Hilliger. dict. cap. 24. l. 2.* inter judices & Magistratus,
quibus non tantum controversias dirimere, sed etiam alia Reipub-
licæ munia expedire incumbit, qui legum imperiti esse potuerunt,
non illi: quamvis non exacta scientia semper requiratur. *Donell. d. lit.*
G. Litigantes personæ sunt vel Actor, vel Reus, vel Procuratores, vel
60 Advocati. Actores esse possunt omnes, nisi vel ob defectum judicii,
ut minores, aut sensus necessarii vel libertatis prohibeantur, est tex-
tus in *L. Tam. ex contractibus. 57. de judic.* de quibus personis agunt
Specul. l. 2. part. 1. tit. de Actore. Colleg. Arg. d. t. th. 87. Ummius disput.
1. ad Processf. th. 4. Donell. l. 17 c. 4. Schrader. de Feud. p. 10. sect. 17. n. 11.
Interim si quis non habeat quidem personam standi in judicio, cau-
sa tamen sit privilegiata, potest officium judicis nobile implorare. *Col.*
de Alim. l. 3. c. 3. n. 5. Excipitur etiam possessorium remedium, sive sit
retinendæ, sive recuperandæ possessionis. *l. 8. C. unde vi. l. un. C. si de*
moment. poss. agatur. Don. l. 17. cap. 4. & ibi Hillig. lit. P. licet quidam
judicium spolii, alii summarium tantum intelligant. Sic etiam mi-
nores ad agendum admittuntur in causis spiritualibus & ab eis depen-
dentibus. *c. ult. de judic. lib. 6. Trentac. l. 2. tit. de judic. ref. 6. n 1. &*
Gail. lib. 2. observ. 108. n. 9. hos citans *Hilliger. d. cap. 4. lit. R.* & in cau-
sis matrimonialibus, *c. 14. X. de rest. spoliat.* in causis criminalibus, quia
soli pupilli arcentur. *Hilliger. d. l.* in causis alimentorum, *l. 1. C. de*
61 *alim. pupillo præstand.* Et in interdicto unde vi. *L. 6. §. 1. C. Unde vi.*
Rei possunt esse omnes, qui perfectum rationis usum & personam
standi in judicio habent, & judici illi, coram quo causa instituenda,
sunt subjecti. Conveniri non possunt servi, *l. 6. C. de judic.* adeo, ut Do-
minus nec de peculio ex Judicato teneatur, nec compromittere pos-
sunt, *l. 3. §. 8. de pecul.* nec jusjurandum deferre. *l. 5. §. 2. de pecul.* Sed
in crimine publico conveniri possunt. *L. 3. de Accus.* Filiifamilias pos-
sunt ex obligatione qualibet, si ea sit ex contractu ita, ut pater exin-
de, si pecuniaria condemnatio, peculiotenus teneatur, *l. 3. §. 1. de*
pecul. Sed si de proprietate rerum conveniatur filiusfam. sive res
castren-

Google

castrensis, sive quasi castrensis, tenetur ut paterfamilias; Sed si profectitia, pater convenitur; si adventitia, & hotum usufructus patri acquiritur, pater actionem suscipere debet, adhibito consensu filii, aut solida proprietas filii, & filius agit cum consensu patris, *l. ult. pr. & §. 3. C. de bon. quæ lib.* Minores conveniri non possunt, nequidem in criminibus publicis sine Curatore *l. 4. C. de Autor. Tutor.* Sed hoc in Reo criminaliter convento non attenditur. *Farinac. q. 81. n. 370.* & quæ notantur *in d. l. 4. Bossius tit. de confessionibus.* Groenwegen *ad d. l. 4.* Sed nec in possessorio remedio conveniri possunt, licet agere possint, *l. ult. C. qui legitim. person. standi Donell. d. l. & Trentacinqu. lib. 2. Res. 6. de judic. n. 12.* Nec Ecclesia vacans, *c. ult. X. ne sede vac.* Nec Magistratus major, non municipalis, temporalis, non perpetuus, *l. 48. de judic.* nisi in officio deliquerit, *l. 4. C. ad L. Jul. Repet.* vel nisi in actione tempore peritura hactenus conveniantur, ut lis contestetur. *l. 6. de offic. Præsid. Ved. Hilliger. d. l. G.* Banniti & Excommunicati licet agere non queant, tamen conveniri possunt, *Gail. 2. de P. P. c. 12. n. 17. Hilliger. lit. D.* Advocati sunt, qui pro aliis postu- 62
lant, de quibus agitur *tit. de postulando.* & de hisce habetur salutaris constitutio Juris Communis *in L. pen. C. de postul.* In qua L. tria habentur (1. Judicem non debere permittere, ut unus Advocatos peritissimos conducat, sed debere distribuere Advocatos. (2. Advocatum non debere ulli patrocinium denegare, nisi velit foro interdici, sine restitutione. (3. Qui impedit, quo minus Adversarius Patronum causæ consequi possit, præsumi malam causam fovere. *Mascard. concl. 274. n. 1. Menoch. l. 2. Præs. 91. n. 110.* atque puniendum & in dubio contra eum pronunciandum. *Wames. cap. 5. consil. 88. n. 5. & consil. 93. n. 3. Confer. Menoch. 457. n. 2.* Alia reperitur 2. Constitutio Juris cameralis, ut ab allegationibus jurium superfluis abstineant Advocati ac Procuratores, & nomina sua subscribant, *part. 3. Ord. Cam. tit. 40.* De Personis Prin- 63
cipalibus & Accessoriis hic aliquid uberius dicendum foret, sed quinam agere, quinam conveniri possint, de eo alibi fusius, neque nostri instituti est, omnia excutere. Hoc tamen dicimus cum *Antonio Fabro*, longiorum istarum judicii morarum causam ex parte residere in Judicibus, qui toto studio in hoc incumbere debebant, ne lites tam lon-

gas fieri patiantur. Quamvis enim id in eorum arbitrio ac facultate semper positum esse non videatur, sed Principum authoritas ad hoc requiratur, judicum tamen omnium hic fere error est, sunt verba *Antonii Fabri d. l.* quod quasi misereantur litigatorum, quos litium odio quasi terrere debebant, quod patiantur fieri per plura, quæ non quidem æque negligenter, sed tamen tanto melius & commodius, quanto diligentius possent fieri per pauciora. Crudelis ista misericordia est, litigatoribus favendo lites fovere quod enim de bello olim quidam dicebat, id de lite dicere possumus, nullam esse justam litem, nisi quæ sit necessaria. Et sine necessitate in foro litigare, peccatum mortale, præclarum alicujus Theologi judicium est. Et si necessaria sit,
64 injusta tamen fit, nisi celerrime, quantum fieri potest, finiatur. Quando autem a Judice in dandis Adversario dilationibus frustratoriis protrahitur justitia, potest pars promotoriales, pro administranda justitia, intra certum tempus petere, *Ord. Cam. part. 1. tit. 62. §. ult. Mynf. Cent. 2. obs. 24. Gail. l. 3. observ. n. 7.* quas promotoriales insinuari sufficit sine ulteriori requisitione. *Mynf. C. 3. obs. 57.* & *C. 5. obs. 82.* Imo etiamsi pars damnum acceperit protractione Judicis, id parti resarcire tenetur, *Menoch. cons. 246. n. 65. & cons. 1205. n. 50.* Si tamen Advocatus negligentia sua damnum clienti intulerit, ad interesse a parte conveniri potest, *per l. 13. C. Mand. Hartman. Pistor. p. 1. q. 36. Carpzov. tit. 5. art. ultim. n. 70.*

65 Advocatis vulgo causam protelationis litium præcipue transscribunt, & inde in Advocatorum vituperia effunduntur, quæ instar dubitandi rationum adducit *Tiraqu. in Tract. de Nobilit. cap. 29.* & de Rabulis, qui tamen Advocatorum nomine indigni, pluribus agit *Berlich. part. 1. concl. 9. n. 60. & seq.* & alii. Sed quamvis Advocati interdum culpa vacare non videantur, sæpe tamen ipsi partes litigantes in causa sunt, ut experientia docet, quia litigantes sive qui agunt, sive qui conveniuntur, sic litem tractare solent, ut quasi ad eos nihil pertineat, nihilo magis a cæteris suis rebus se abstrahi non patiantur, sat cito se liti adfuturos arbitrati, si ad alia interim divertentes negotia, tandem post trimestre id faciant, quod primo die præstare possent. Quibus a Principe hæc lex imponen-

da

da foret, ut injunctam sibi videant necessitatem de lite statim atque
mota esset, tanquam de re omnium maxime seria & importuna cogi-
tandi, quæ sunt verba *Antonii Fabri in d. consil. in præfat.* Sed quicun-
que sit hujus culpæ reus, omnibus istis causis obviari potest per Consti-
tutionem Principis, subterfugia ista & tricas prohibentis, & certam
formam præscribentis. Hinc non audiendi sunt, qui Advocatorum
munus plane abolendum esse censent, ut pro Advocatis multis mili-
tat *Stephan. Nathen. d. tit. 2. cap. 7.* Sane experientia docet, mul-
tos litigantes non posse sua desideria Judici exponere, id quod testa-
buntur illi omnes, quorum consilia a talibus hominibus simpliciori-
bus expetuntur, & fatebuntur, majoris laboris esse, quid sibi velint,
& quænam sit facti species ab ipsis proposita, quam quid in jure re-
spondendum sit, exprimere. Et quamvis jus ipsum in thesi certum
sit, quomodo tamen ad facti circumstantias, quæ variant, applican-
dum sit, longe maxima oboritur difficultas, quæ etiam exercitata in-
genia torquere potest, ut adeo non sit improbandum, quod partes per
Advocatos causam suam agant & Jura Judici exponant. Putaremus 66
tamen 1. operosas deductiones juris & allegationes superfluas prohi-
bendas esse, & si quæ ex jure alleganda sint, leges in terminis, si fieri
possit, allegandas, aut Dd. in terminis, sicut hac de re extat dispositio
in nupero Recessu Imperii, §. Zu dermahlicher gründlicher Abheiffung/
& ex JCtis *Berlich. part. 1. concl. 9. n. 41.* plures allegans *Carpz. l. 3.
Resp. 5. num. 22. & seqq.*

2. Certa quantitas Chartæ ex ordinatione, statuto & a judice præ- 67
scribi posset, ut supra ex Statutis Prutenicis visum.

3. Advocati semper subscribere teneantur nomen suum, quod in 68
Pomerania aliisque in locis certa Constitutione inductum. Ita fiet
enim, ut Domini Advocati nervosius sua elaboraturi sint, nec ita va-
nis allegationibus circa brocardica & communes regulas utantur, & a
scommatibus abstineant, cum sciant sibi reprehensionem a judicibus,
vel aliis, si secus fecerint, imminere, nec opus erit de Authore alicu-
jus producti operose inquirere.

4. Quia autem Advocati a Procuratoribus differunt in multis, ille 69
jura suggerit, hic negotium in lite versans gerit, in illo peritia juris, in
hoc

hoc peritia tantum styli judicii requiritur, *Conf. Donell. l.18. c.3. lit. O. Christin. dec.99. n.8. seq. Vol.2. Carpz. in Processf. t.5. art.1. n.8. & 10.* Disquirendum esset, an non alius ordo Advocatorum, alius Procuratorum constitui posset, ut illi tantum scriptis, hi ordinarie & regulariter in ipso judicio partium nomine agant, ut in Camera Spirensi, *Ord. Cam. part.1. tit.19. §.1.* & in aliis Principum, præsertim Brunsvvicensium Judiciis fieri solet, licet in Camera Spirensi plerumque hæc officia conjungantur, teste *Gail. lib.1. obs.44. n.8.* Nam dum Domini Advocati ipsi in judiciis dicendis caussis vacant, interim non possunt in aliis caussis & ordinariis Processibus partibus suam gratificari operam, sed coguntur unam post aliam dilationem petere, mole tot negotiorum obruti. Hinc etiam fieri potest, ut distracti per varias audientias & causas Advocati, non possint semper in ipsa causæ merita penetrare. Sed ubi ordinarie in scriptis non proceditur, sed summarie, ut fieri posse supra diximus, hac separatione non foret opus.

70 5. In usum etiam revocari posset practica *L. Providendum. pen. C. de postuland.* scilicet, ut Judicis esset dispertiri numerum Advocatorum, ne exercitatissimi ab una parte stent, & ut alii quoque Patroni advocentur, nec uni aut alteri omnia committantur, sed interdum ex officio alicui Advocatus detur, ut tamen possit productum Advocati alterius, qui magis exercitatus est, censuræ subjicere, ita fiet, ut distributis inter Advocatos actis, omnes elaborandis suis productis pares sint futuri. Nec concedendum Consortibus litis, ut singuli suos habeant Advocatos, nisi singuli diversa habeant jura, *l.42. §.6. ff. de procur. l.38. famil. hercisc. Mevius p.2. dec.342. & p.4. dec.63. Christin. v.2. dec.287. n.4.* pauperi etiam datur patronus, quem ordo tangit. *Blubm. de jure cam. tit.10. §.6.* Potest etiam addi, nullam imposterum auditum iri petitionem dilationis ob negotia Advocati, sicut similis dispositio reperitur *in Ord. Camer. Brandenburg. Neomarchica cap.6.* ubi statuitur, absentiam Advocati non admittendam facile, ad hoc, ut novus terminus concedatur. Et sane errant partes periculosissime, quando caussam, in qua fortunarum summa vertitur, uni homini, celebri licet, aliis tamen multis caussis obruto committunt, semper enim, ut alibi, ita hic commune illud dicterium: *Pluribus intentus*

minor

minor est ad singula sensus, locum sibi vendicat. Sicut & disponitur *in*
Ordinat. Cam. part. 1. tit. 19. pr. partem uno Advocato & uno Procu-
ratore in una causa contentam esse debere. Deinde contra convi- 71
ciandi studium, per quod lites sæpe protelantur, observanda est *L.*
Quisquis. 6. §. 1. C. de postul. Tholos. lib. 49. cap. 6. n. 29 Speckhan. C. 2.
d. 4. qu. 4. Carpz. part. 1. Constit. 1. def. 19. & lib. 2. Resp. 27. & Resp. 62.
Pœna est arbitraria. Nam quando pœna certa non est definita, tunc
est arbitraria. *Menoch. lib. 2. Arbitr. qu. cas. 86. n. 8.*

Circa Procuratores hoc putavimus disquirendum, an non utile 72
foret, certa Constitutione imponere litigaturis necessitatem, quando
semel in judicio præsentes fuerunt, postea vero absfuturi sint loco Ju-
dicii, licet in eadem Provincia domicilium habeant, ut Procuratorem
in loco Judicii constituere teneantur, cui producta judicialia, Citatio-
nes atque alia forent insinuanda, conf. *Mev. p. 3. dec. 220.* Dici hoc
vix potest, quantam judiciis remoram offerat, quod omnia producta
& omnes Citationes ipsis Principalibus sint insinuandæ. Hinc fit, ut
tot sumptus impendi debeant in insinuatione vel unius mandati. Ir- 73
repsit quoque circa Procuratorum mutationem hic error in judiciis,
ut quando mortuus est Principalis seu Constituens, Pars debeat citari
ad reassumendum Processum. Unde fit, ut Rei, suæ causæ diffidentes,
de industria litem protrahant, seque maximo partis adversæ malo ad
causam legitimare nolint, quo fit, ut ad multos annos in puncto legi-
timationis causa pendeat indecisa. Hinc e re litigantium fore scribit
Gail. l. 1. observ. 109. n. 7. si contra Procuratorem tanquam Dominum
litis usque ad conclusionem causæ procedatur, cui adstipulari videtur
Treutl. Vol. 1. disp. 9. th. 10. lit. F. Hanc autem cautelam ad litem ab-
breviandam directam improbat *Dn. Carpz. lib. 3. Resp. 24. n. 10. & seq.*
& ad *L. Nulla dubitatio. C. de Procurat.* in qua doctrina Gailii fundata
est, respondet 1. Arbitrium Procuratoris, an velit in judicio perma-
nere, non esse exclusum. Sed de hoc casu non loquitur *Gail. d. l.*
Sed quando se exonerare possit, agit alibi *lib. 1. obs. 46.* 2. Respondet,
dictam *L. 23.* esse correctam per *Clem. ultim. de Procurat.* quæ tamen
in aliis terminis loquitur, scilicet de Prælatis Ecclesiarum, namque
horum securitatibus voluit Pontifex præprimis consulere: ideoque

e Dd.

Dd. communiter *hanc Clement.* de casu speciali, scil Prælati intelligunt, atque ideo correctio Juris hoc casu nulla admittenda est, *ut Jason in d. L. Nulla dubitatio. n. 3. Mantic. de tac. & amb. convention. l. 7. tit. 23. n. 30. Alex. Trentacinqu. lib. 2. pract. Resol. tit. de procurat. resol. 4. n. 4. & seqq. Hilliger. in Donell. lib. 18. cap. 12. lit. DD.* qui omnes asserunt in *d. Clem.* esse specialem casum, quod etiam verba ingerunt. 3. Respondet, *in d. L. Nulla dubitatio.* novum mandatum heredis non excludi. Sed ita plane alienus sensus Imperatori tribueretur: Nam procuratorem posse novum ab herede mandatum suscipere, quis unquam de eo dubitavit? Alter contra sententiam Gailii insurgit *Bachovius in Treutl. Vol. 1. disput. 9. th. 10. lit. F.* qui non putat inconvenienter rationi juris fieri, ut mortuo Principali, heredes ad reassumendum Processum citentur, eo quod Procuratores hodierni, non ut olim veri instantiæ Domini efficiantur, sed etiam post litis contestationem nudi ministri maneant, quippe quod in ipsos Principales, non in Procuratores feratur Sententia. Sed ratio rationis non videtur id inferre, Procuratorem non esse Dominum litis, licet hujus dominii instantiæ unus effectus absit. Et accedit alia ratio, cur Procuratoris munus morte non finiatur, scilicet clausula satisdationis, quæ hodie omnibus mandatis inseri solet, & ita facit, ut res amplius non sit integra. *Gail. d. observ. 46. n. 4. Conf. Wurmſ. tit. 5. obs. 15. Seb. Vantius in tit. de Nullit. ex defect. jurisdict. n. 106. Casp. Klock. Vol. 3. Consil. 137. n. 8.* Sententia nostra etiam ratione probatur, cum post litem contestatam non possit revocari mandatum, *L. Post litem. 17. ff. & L. 22. C. de Procurat.* nisi causa cognita. Ergo neque tacite revocatur per mortem *Sich in d. l. 23. C. h. t. n. 3. Hill. d. l. lit. D.* Nec concedo, cessare hodie dominium procuratoris, quia nec revocari potest, lite contestata, non aliam ob causam, nisi quia dominus litis factus & satisdatio alius a mandato contractus est, qui, licet mandatum simplex morte alias solvatur, non tamen solvitur morte, & alias mandatum quoque non solvitur morte, quando res non est integra. Sed huic rei provisum est in
74 nupero Recessu Imperii, §. Damit auch zum vierdten / &c. ubi placuit, daß die Gewälte gleich Anfangs auff der Partheyen Erben mit gestellet werden / und auff einer oder andern Parthey tödlichen Hintritt nicht

nöthig

Google

nöthig sey/ die Erben ad reassumendam litem zu citiren/ sondern/ wann anders das Procuratorium von dem bestellten Procuratore produciret worden/ derselbe alsdann biß zum Beschluß der Sachen verfahren/ auch so wohl die Definitiv als Bey-Urtheil/ dafern die Erben noch nicht nahmhafftig gemacht/ in des Procuratorn Person gefasset und gesprochen werden/ wie er Procurator denn schuldig seyn soll/ innerhalb drey Monaten seines abgelebten Principalen Todt/ &c. an und einzubringen/ &c. Quæ Constitutio, si ut æquum est, in statuum judicis quoque reciperetur, citationibus ad reassumendum Processum non esset opus, nisi Successor esset singularis. Bluhm *de jure Cam. tit. 67. num. 71.*

75 Circa Procuratorum constitutionem faceret & hoc ad abbreviandum Processum, si Procuratoribus, nomine absentis partis agentibus, certa & solennis formula mandati sub pœna præscriberetur, in qua omnia mandati requisita continentur, ut nihil in illa desiderari possit, ut ita disputationibus illis circa mandata obviari posset. Observavimus in Dicasteriis Illustriss. Ducum Brunswicensium talia mandata typis exscripta, in quibus spatium aliquod relictum, quibus nomen constituentis & causa in litem vocanda inscribi posset. Oporteret etiam mandare forensibus & peregrinis, ut mandata sub sigillo publico, ubi degunt, confieri curarent, si omnino in hoc judicio litigare vellent. In quo mandato contineri debet Nomen Judicis, Mandantis, Adversarii, Litis in specie seu Causæ, *L. 65. ff. de Procur. Hillig. l. 18. cap. 12. lit. Ee.* & addenda tandem clausula de rato habenda, quæ hodie in Praxi necessaria judicatur *per d. l. 65. Speculat. l. 2. part. 3. de Procurat. §. 3. n. 20. Wesenb. in π. de Procurat. n. 7. Ruland. part. 1. l. 5. c. 8. n. 6. Hillig. d. l.* quia alias de negligentia Procuratoris non tenetur. *Hillig. d. l.* & clausula de substituendo, Rec. Imper. de anno 1654. §. 100. de qua Bluhm. *d. tr. tit. 67. Carpz. p. 3. dec. 297.* libera facultas, promissio de indemnitate, hypotheca, Annus & dies, subscriptio Mandantis, ejusque subsignatio.

76 Clausulam de hypothecatione omnium bonorum non esse necessariam, statuit *Carpz. de Process. tit. 5. art. 1. n. 81.* quamvis alterius interesse possit, potius sub hac clausula habere mandantem forte obæratum, obligatum: ideo non male hanc requirit *Berl. part. 1. dec. 80.*

C 2 *n. 3.*

num. 3. ideoque merito hæc clausula in forma mandati exprimenda. Clausulam cum libera non esse necessariam, plerique recte statuunt. *Carpz. d. l. n. 13.* Demum necesse, ut subjiciatur subscriptio & sigillatio mandantis, vel judicialiter constituat vel in subscriptione referat, se sigillo destitui. *Carpz. d. l. n. 59. & seqq. Ruland. d. c. 8. num. 7.* Subscriptio Domini tunc necessaria est, quando procuratorium mandatum, aliena manu scriptum; alias si totum a mandante scriptum, subscriptio necessaria non est, *Arg. L. 28. §. ult. C. de Testam. & princ. Instit. de Emt. & Vend. Hillig. d. l.* Sigillum autem domini, sine subscriptione non probabit mandatum, nisi sit sigillum Principis, aut Episcopi, *Ruland. de Commiss. p. 1. lib. 5. cap. 8.* aut Judicis, quod sine consensu Magistratus impressum, non præsumitur. *Menoch. lib. 2. Præsumpt. 57. n. 7. Vrsus Decis. 54. n. 5. Covarr. Pract. Quæst. 22. n. 9. Carpz. in process. t. 5. art. 1. n. 104. & l. 4. R. 79. n. 16. Cothm. V. 4. Cons. 1. n. 60. & Koppen. Decis. 46. n. 41.* Ergo si privatus agat per procuratorem, scriptione opus est, sin universitas, sigillum sufficiet, nisi aliud ibi sancitum. Per literas autem probatur mandatum, sive ad Judicem, sive ad Adversarium missæ sint. *Mascard. Concl. 1000. n. 3.* Non vero per chartam blancam a Domino subscriptam & sigillatam, *Berlich. part. 1. Conclus. 14. n. 91. seq. Carpz. d. t. 5. art. 1. n. 110.* nec per possessionem documentorum; Vide tamen *Mev. p. 3. dec. 23.* plura de Mandati forma apud *Ayrerum de process. part. 1. cap. 4. obs. 5. Ruland. de Commiss. p. 1. l. 5. c. 8. n. 4. & seq.* Per literas etiam, si necessaria requisita Mandati contineant, mandatum probari posse dubium non est. *Borel. lib. 1. dec. 66. n. 80. Carpz. d. l. n. 60.* Mandatum tamen, nisi audita altera Parte, facile acceptandum non est. *Mev. part. 3. dec. 148.*

77 Necessarium etiam est, ut Procuratoribus injungatur sub certa
poena, ut in principio litis statim sua mandata offerant, *Ord. Cam.*
part. 3. cap. 12. § 41. quod & in Saxoniæ Judiciis passim receptum. *Carpz.*
d. l. n. 55. Per mandatum judicium substantiatur, nec audiendus est
78 litigans sine mandato. *Carpz. d. t. art. 1. n. 57.* Et putarem, Judicem
ex officio requirere posse, ne judicium sit frustratorium. Et ad expediendas citius lites faceret procul dubio, ut certus habeatur Procuratorum numerus, sicut in Camera, nec alii extranei admittantur, &

assumpti

assumpti juramento adstringantur, sintque legales. *Ord. Cam. part. 1. tit. 18. in pr. Carpz. d. l. n. 37. & seq.* Demum utile esset, non ad certos 79
actus judicii, sed ad totam causam directa mandata in judicüs admittere, exemplo Cameræ, ut continuo cursu judicium procedat. *Ord. Cam. part. 3. tit. 12.* §. So viel denn / &c. *Gail. lib. 1. obs. 51. n. 11. Mynf. Cent. 1. obs. 43.* Speciale mandatum requiritur, nec generale, scilicet 80
ad omnes causas datum sufficit, in quibusdam causis, ut de Liberis exhibend. *L. 40. pr. ff. de Procur.* in causa Famæ, *L. 39. §. ult. d. t.* & in restitutione in integrum, *L. 25. §. ult. de Minorib.* quia mutatio voluntatis in eo, qui rite rem gessit, non præsumitur. *l. 22. de Probat. Hillig. lit. KK.* idem in causis matrimonialibus. *C. ult. de Procur. in 6.* Sed quidam actus judiciales, etiam speciale mandatum requirunt, & qui in generali mandato, quod ad certam causam datur, respectu actuum autem & totius causæ generale dicitur, non continentur: ut juramenti delatio & relatio, *L. 17. §. ult. ff. de jurej.* præstatio juramenti Calumniæ, *Gail. lib. 1. obs. 83.* Et sic etiam dandorum & respondendorum. Item juramentum pro impetranda Quarta (hodie Tertia,) dilatione. *Gail. lib. 1. obs. 19. n. 19.* & quos allegat *Hillig. d. l.* Renuciatio appellationis. Recognitio manus, vel jurata diffessio, *Carpz. lib. 3. Resp. 4. & de Process. T. 5. Art. 2. n. 29. & seq.* Cautio de Rato. *Carpz. d. Art. 2. n. 43.* Alios casus vid. apud Dd. allegatos apud *Carpz. n. 48.* Quæritur autem hic, *an gesta a falso Procuratore, Dominus in suis commodum rata habere possit?* Quod negant *Faebin. lib. 8. cap. 61. Bachov. ad Tit. de Procurat. c. 4. n. 16. Franzk. ad Tit. de Procurat. n. 28. Zæs. eod. Tit. n. 17. & Wissenb. Disput. 12. n. 13.* Sed contraria est receptior. Nam imputet sibi Adversarius, quod mandatum non exegerit, & quando actus alterius nomine gestus, ab initio habuit omnia essent alia, solo deficiente consensu illius, superveniente eo, retro validatur, *L. 16. §. 1. de Pignor.* & ipse *Franzk.* fatetur, in sui præjudicium, eum ratam posse habere sententiam, quod tamen intelligo, nisi Dominus dolose tacuisset, & sententia est nulla, cujus nomine sine mandato actum. Et sic sentiunt *Gail. lib. 1. observ. 47. Vantius Tit. Quibus modis sentent. Nullitas. n. 10. Tessaurus Dec. 7. Trentac. lib. 2. Tit. de Procurator. Res. 2. n. 2. Hillig. l. 18. c. 12. lit. G.* Officium Actuarii in judicio adeo est necessarium, ut sine eo judi-

cium

cium nullitate laboret. *Ord. Cam. part. 1. tit. 59.* & consistit in hoc, ut universa judicii acta, sc. Citationes, Executiones, Dilationes, Recusationes, Exceptiones, Responsiones, Confessiones, Attestata, Instrumentorum Productiones, Recognitiones, Interlocutiones, & de parte Judicis conclusionem, partium sententiam, aliaque designanda, tempora & personas, fideliter consignet, & originalia conservet, *Carpz. t. 2. art. 4. n. 42.* Nihil enim aliena manu consignabit in actis, *Carpz. n. 48.* Per inspectionem librorum perfectorum potest probari negativa, v. g. Hoc non esse legatum ex testamento, non esse scholarem, non solutas esse collectas, hoc non esse gestum in Actis *Trentac. lib. 2. Tit. de Fid. instrum. Resol. 2.*

81 Ideoque Actuarius vel Protonotarius debet omnia in præsentia judicis & Adsessorum annotare, fideliter registrare, & ad Acta redigere, quo non tantum, quod actum sit, sed & quid non sit gestum, atque adeo negativa probari possit, *C. Quoniam. 11. X. de probat. Berlich. part. 1. conclus. 8. n. 24.* Idque etiam in summariis causis obtinet, nisi causa modica. *d. cap. Quoniam. & ibi Felinus n. 1. Panorm. n. 3. Emericus a Rosbach. t. 8. n. 4. Berlich. d. concl. 8. n. 28.* Nescio igitur, unde invaluerit mos in nonnullis judiciis, ut Acta sine Protocollis transmittantur, & nesciat judex, quid in prima instantia vel audientia actum fuerit, quomodo factum fuerit propositum ab actore, quid responsum fuerit a Reo, quid hic confessus fuerit, qualia media compositionis a judicibus partibus fuerint proposita, quæ fuerint rationes decidendi, ut in Camer. Spir. fieri solet Bluhm *tit. 63. n. 7. &c.* Hæc nimirum in Protocollo a Secretariis scribi debebant & annotari. 1. Ut vera narratio facti haberi possit, cum factum in scripturis judicialiter exhibitis, plerumque aliter narretur & non jus ad factum, sed factum ad jus accommodetur. 2. Ut sciamus, an reus quid fuerit confessus, cum sæpe fieri soleat, ut reus aliquam circumstantiam facti præsens in judicio fateatur, quam tamen, postea aliter informatus, negat. 3. Ut sententia lata ex iis, quæ in judicio per Advocatos præsentibus partibus dicta sunt, interpretationem recipiat. 4. Ut sciat Judex an æquitati consona media transactionis fuerint parti proposita, ut Judex scire possit, an restitutione expensarum punire

debeat,

debeat, forte quod admonita pars æquis conditionibus aures præbere respuerit, & quæ aliæ utilitates esse possunt. Solet autem Proto- 82
colli scriptio duplex esse, Alii enim Secretarii solent seorsim conscribere, quid singulis diebus toto tempore, quo lis pependit, a partibus dictum fuerit, & quæ decreta, quæque sententiæ singulis diebus a principio litis ad finem usque a judicibus latæ fuerint, & Protocollum reliquis actis scriptis præfigere, & hinc postea partium scripta exhibita subjungere. Nonnulli vero solent mox Protocollum, seu ut alii vocant, Registraturam, mox scriptum aliquod, v. g. Libellum, Exceptionem, petitionem dilationis, mox decretum ordine naturali collocare. Sed quocunque ordine disponatur Protocollum, nihil interest, modo omnia fideliter ad Acta referantur, quid singulis diebus actum sit etiam in audientiis, quæ pendente etiam Processu Ordinario super quæstionibus incidentibus institui solent.

Perversus etiam mos hodie invaluit, ut partes cum, vel sine Ad- 83
vocatis soleant interdum adire Judicem, vel Adsessores in ædibus privatis, ut eos privatim informent. Unde præconceptæ opiniones & studia partium in judicium inferuntur, idque interdum non exiguo cum detrimento partium, quamvis nonnulli ex necessitate hoc facere videantur. Hinc præstaret in usum revocare Legem Ambitus, qua notabantur illi Rei, vel Accusatores, qui domum Judicis ingrediebantur, & plectabantur 100. aureis fisco solvendis *per l. unic. §. fin. ff. de Lege Julia Ambitus.*

CAPUT SECUNDUM
DE
JUDICIS ADITIONE, SUPPLICATIONE PRO CITANDO REO ET AUDIENTIIS IPSIS.

SUMMARIA.

1. Actor debet bene ponderata re judicem adire.
2. Actor debet Reum primo interpellare
3. Annon utile Statutum, ut semper interpellatio pracedat?
4. Annon utile Statutum, de compositione tentata per cognatos?
5. De petita Commissione.
6. Domicilium Rei exprimendum, ut sciatur, an sit Judex competens

7. An

7 *An semper citatio nulla, ab incompetente Judice facta.*

8. *Judex in Decreto absolutivo causam exprimere debet.*

9. *Interdum ex officio decernitur audientia*

10. *Mandata cum, & sine clausula justificatoria.*

11. *Protocollum habeatur & scribantur in eo omnia, quæ in audientia dicta ultro citroque.*

12. *Transactio suadenda.*

13 *Omissio transactionis non vitiat Processum.*

14. *Appellans transigens non incidit in pœnam temere litigantium, ut nec Appellatus.*

15. *Non sunt compellendæ partes ad transactionem, nisi in metu scandali.*

16. *Si transactio non speranda, sententia ferenda*

17. *Publicatio sententiæ in diem sequentem differenda videtur.*

18. *Quotuplex est dubietas in Jure?*

1 CErtum est, Actorem præparatum venire debere in judicium. *L. Qui in alterius. 42. in fin ff. de R. J.* cujus ratio *L. 5. §. fin. de dolt. except. L. 2. C. de dilat.* In actore magis requiritur justa causa litigandi, quam in Reo, ut excusetur ab Expensis, quia antequam litigare incipit, debet subtilius deliberare, cum sit in potestate ejus, quomodo & quando velit experiri. Nec igitur famæ confidere, sed de ejus origine inquirere debet, *Wainmes. Consil. 179. n. 2. Vol. 1. & Cons. 160. n. 1.* & Actor præsumitur de Jure suo certus, *Conf. Menoch. Conf. 42.*
2 *n. 27. & l. 2. Præs. 90. n. 2.* Sed antequam adeat judicem, debet prius Reum extra judicium interpellare per *L. Debitores. 10. C. de pignor. & L. 13. pr. ff. de servit. urb. præd.* quos textus aliqui de jure antiquo, plerique vero de honestate, non simplici necessitate intelligunt, *cum Bart. Godofredo, Mascard Concl. 936. n. 1. Don. ac ibi Hillig. l. 17. lit. D.* Verum interdum etiam necessaria esse videtur interpellatio, ut, si obligatus quid sit ad factum sub pœna & ego ad pœnam velim agere, non potero agere, nisi prius interpellaverim *l. 24. ff. Quand. dies. Legat. ced. L. 8. ff. Si quis cautionibus Menoch. qu. 381. num. 41. Tusch. Conclus. 325. num. 10.* Quod sublimitatur, nisi juramentum accesserit. *Dd. in C. Brevi. 17. X. de Jurejur. Cravett. Cons. 64. num. 2. Vol. 1.* Necessariam etiam esse interpellationem putant, *Menoch. d. Cons. n. 45.* si quis agere velit, ad declarandam privationem juris, *Carpz. Dec. 205. Tusch. d. Concl. n. 32.* v. g. Si venditor juraverit, se defensurum. Denunciatio tamen in genere semper ad hoc utilis, ut

Reum

Reum constituat in mora. *L. Sed si ex stipulatu. 24. ff. de V. O. Mynf. cent. 3. obs. 95. Menoch. lib. 2. Arb. qu. cas. 36. Schrader. de feudis. p. 10. sect. 9. n. 64.* si commodo tempore fiat. *L. Cum filiusfamilias. 49. §. fin. ff. de V. O. & ibi Bl. ac Jason.* Utilis est etiam interpellatio ad recuperandas expensas, factas in conductione Advocatorum & Procuratorum, & descriptione Instrumentorum, conceptione supplicationis, etiamsi debitor citatus solutionem offerat: *Christin. Volum. 1. Dec. 261. n. 3.* Si tamen quis interpellatus sit, non statim constituetur in mora, sed tantum temporis spatium ipsi relinquendum, ut possit implere, *Tuschus d. l. n. 2. & Dd. in L. Si ex legati. 23. ff. de V. O.* Interdum certa dies additur instrumento debiti, & expresse adjicitur, Reum sine ulla interpellatione solvere debere, de qua clausula *Coler. de Proc. Exec. p. 1. cap. 10. n. 27.* Quando certa dies, & pœna in obligatione dicta, sine ulla interpellatione quis in mora constituitur. Nam dies interpellat pro homine, adeo, ut nec celeri satisfactione effectus moræ suspendi possit. *L. Magnam. 12. C. de Stipul. Mynf. Cent. 3. obs. 95. & quæ allegati a me ad d. l. 12. Wammes. Consil. 6. n. 15. seq. Cent. 4.* Quod etiam locum habet in obligatione ex delicto, *l. 8. §. 1. de Condict. furt. l. 19. ff. de Vi arm.* in Contractu ultro citroque Obligatorio, ubi alter implevit Contractum, *l. 18. §. 1. de usur.* in obligato ex Juramento, nam juramentum præcise obligat, licet alias non teneatur præcise factum præstare, *c. 7. & 17. X. de jurejur. Covar. in C. Quamvis. p. 1. §. 4. n. 6. Guttirez. de Juram. conf. l. 1. c. 39. n. 6.* in eo, qui Minori vel Pupillo obligatus, vel Fisco, nam his casibus sine interpellatione debitor constituitur in mora, *l. 3. C. in quibus caus. in integrum restitutio. l. 17. §. 3. & 5. ff. de Usur. c. 3. X. de in integr. restitut. & c. Conf. Tuschus d. concl. 325. n. 19. & seq. Colleg. Arg. Tit. de usur. thes. 50.* Ut domestici & consangvinei inter se litem habentes, inter privatos parietes compositionem tentent, juri congruere, dicit *L. Congruentius. 4. C. de Patr. Potest.* Hic autem duo se offerunt litium abbreviandarum remedia. Alterum, in dicto consilio præscribit *Ant. Faber. art 1. & seqq.* scilicet, ut acturus non debeat audiri a judice, nisi prius interpellaverit Reum de compromittendo in arbitros, intra diem octavum proximum eligendos, qui si nolit compromittere, hoc a Notario esse consignandum, ut fu-

turo Judici de hoc possit constare, habeatque hunc effectum, ut Actor, licet succumbat, nunquam tamen in expensas condemnetur, Reus vero, si succumbat, ob recusatum compromissum semper expensas re-
4 stituere cogatur. Alterum in Hispania, ni fallor, aliisque in Regnis receptum Statutum, quod cogit conjunctos & sangvineos ad compromittendum in causis dubiis ad avertenda odia & pacem conservandam, litesque evitandas, & ideo talia Statuta favorabilia sunt, ut tradit *Mascard. de stat. interpret. concl. 4. n. 141. n. 7. & seq. Afflict. dec. 26. Camil. Borell. in summa decision. p. 1. tit. 63. n. 7. & seqq. Tuschus concl. 487. lit. S.* Sed quamvis hoc posterius medium intercipiendæ litis gliscentis sit favorabile & non sine utilitate in exemplum trahi possit, & nec abhorreat a jure communi *per d. L. Congruentius. 4. de part. potest.* vix tamen medium illud generaliter a Fabro præscriptum, superioribus persvadebitur.

5 Actor igitur adiens Judicem solet vel 1. per supplicem libellum petere, ut alicui causam cognoscendam deleget, quo omnia pertinent, quæ de judice delegato in utroque Jure passim habentur. Sed solet etiam peti ab una parte Commissarius ad compositionem, (zur Güte) quæ etiam solet personam certam nominare, & parti adversæ integrum est, alium commissarium a sua parte petere. Interdum vero altera pars respuit commissionem & renunciat tractationi amicabili, (quod an recte fiat, merito dubites, cum judex etiam ordinarius concordiam inter partes tractare teneatur, *Carpz. l. 2. Resp. 51. n. 12. conf. Berlich. part. 1. dec. 129.*) ac judicialem requirit decisionem. Interdum ob distantiam locorum potest Judex ex officio Commissario causam delegare, de quo *Ruland. de Commissar. p. 1. lib. 2. c. ultim.* Itaque delegatio fit vel ad Concordiam, vel ad judicium. Hoc modo facta, notatur judex delegatus. Illo modo in specie dicitur Commissarius, *Conf. Ruland. l. 1. c. 2.* Vel 2. petit citationem partis ad audientiam in judicio instituendam, zur gütlichen Verhör/ vel 3. solet inserta copia instrumenti, ex quo agit, petere mandatum de solvendo, aut ad adducendum causas quare non, & sic demum velitationibus per aliquot mandata reciproce factis, tandem ad audientiam partes citantur, vel petente parte, vel ex officio; vel 4. statim libellus offertur

fertur pro impetrando Processu Ordinario, qui libellus tamen a li-
bello actionis differt. *Mindan. de Process. lib. 1. cap. 2. n. 12.* & sic ini-
tium fit Processus Ordinarii, quod ultimum apud nos & in vicinis di-
casteriis facile fieri non solet, cum hoc in nostris & multis dica-
steriorum Ordinationibus sit constitutum, ut partibus non panda-
tur Processus, antequam compositionis via in audientia fuerit ten-
tata. Prima via si procedat Actor, solet citatio statim decerni, si Ju-
dex videat narrata supplicantis fundare Jurisdictionem, nam narra-
tis tamdiu in hoc & in libello pro impetrando Processu exhibito cre-
ditur, donec citatus contrarium doceat. *L. pen. §. ult. de jurisdict.*
quo contrario probato, citatio & Processus impetratus cassatur. *Gail. 1.
observ. 14. pr. & obs 31. n. 1. Mynsinger. cent. 2. obs. 9. Ummius disp. 5. th. 2.
n. 10.* Si narrata notorie falsa, vel præsumptio juris militet contra sup-
plicantem, ut quando quis queritur de denegata justitia aut petit re-
laxationem juramenti, de quibus casibus *Gail. lib. 1. d. obs. 31. Mindan.
lib. 1. cap. 14. n. 6.* stylo Cameræ conforme est, ut sub partis periculo
decernatur processus, si dubium adhuc supersit, an fundata sit Came-
ræ jurisdictio, nec ne. *Gail. lib. 1. Obs. 119. n. 7. Pruckm. Vol. 1. Cons. 37.
n. 43.* Sed si notorium sit, jurisdictionem judicis non esse fundatam,
nihil, ne quidem periculo partis decernet, ne adversam partem inu-
tilibus sumptibus fatiget, quando superior Judex aditur, ob dene-
gatam justitiam, vel ad relaxationem juramenti, tunc non creditur
parti hoc vel illud allegantı, sed illo casu documento, ex quo de de-
negatione justitiæ constare potest, opus est, & hoc casu ad Magistra-
tum primo scribitur, *Gail. l. c. n. 7.* In Mandatis sine clausula non cre-
ditur narratis. *Recess. Imper. anno 1654. §. 78.* Bluhm *de jure Camerar.
cap. 64. n. 17.* Idem in processu Appellat. *d. Recess. § 120.* in causa Legis
Diffamari, *d. Recess. §. 83.* Idem in pauperibus, gratuitum patrocinium
petentibus. Bluhm. *d. l. cap. 21. &c.* Id sane memini factum sæpius, 6
citatos esse illos ad audientiam, de quibus tamen constitit, illos ha-
bere beneficium primæ Instantiæ, & sic in judicio comparere non te-
neri: unde factum, ut opposita exceptione incompetentiæ, ob be-
neficium primæ instantiæ, partes in audientiis fuerint remissæ ad ju-
dicem inferiorem, & sic lis sine causa protracta. Ideo si notorium

sit Judici, Reum non teneri comparere, nec eum citandum esse puta-
verim, nisi persona Actoris privilegiata *ex titul. Cod. quando Impe-
rator inter &c.* Hinc recte *in Camerali Elector. Ordin. cap. 1.* ha-
betur, supplicantem pro citatione Adversarii domicilium semper ex-
primere debere, ut sciatur, an immediate forum sortiatur in Came-
7 ra, & si hoc negligat, supplicationem rejici debere. Dd. alias distin-
guunt, utrum judici competat jurisdictio, quæ per aliquam exceptio-
nem vel allegationem Privilegii sit elidibilis, an vero nulla competat
Judici, hoc scienti, Jurisdictio, utut hoc casu non possit citare, nec in
contumaciam procedere, illo vero casu valeat Citatio & Processus, post
*Castrensem consil. 481. lib. 1. n. 6. Felin. in C. Cum ordinem. 6. n. 8. X. de
Rescript. Petr. Barbosa ad L. 5. ff. de Jud. n. 34.* Et citatus privilegium &
exceptionem debet allegare per *L. 2. ff. Si quis in Jus vocatus. & l. 2.
& 5. ff. de Jud. Donell. l. 23. c. 10 & ibi Hill. lit. E. Christin. Dec. 53. n. 5. &
& seqq. Vol. 1. Gail. Obs. 48. n. 9. Mynſ. c. 6. Obs. 7. Salgado in Labyr. p. 1.
c. 7. n. 71.* Si autem citatus compareat in Judicio, & respondeat, præ-
sumitur in citante Jurisdictio, in citato subjectio, *Boer. dec. 8. n. 5. Pa-
cianus de Prob. l. 2. c. 48. n. 43.* nisi reus protestetur. *Franzk. ad tit. si
quis in jus vocatus. n. 4.* Et si Exceptionem alleget Reus, illa autem
non attenta, pergat judex, pars appellare potest, quia propter fatigatio-
nem & vexationem gravamen infertur irreparabile, *Pacianus de Prob.
l. 1. cap. 58. n. 4. & quos laudat Klock. Cons. 14. n. 147.* In Marchia nostra
receptum, ut nec Vasalli, subditus, nec Civis in prima instantia pos-
sint citari a Camera, *Scheplitz. part. 2. tit. 3. §. 2. n. 1. seqq.* nisi Judex in-
ferior sit suspectus, ob Rei potentiam, vel familiam &c. de quo *Cothm.*
8 *Vol. 2. Cons. 96. n. 104. seqq.* Quod si autem denegetur Citatio in secun-
do modo procedendi vel in quarto modo, vel denegetur Processus in
modo procedendi tertio, tum Decretum ita formandum est, ut con-
stare possit, ex qua causa Processus vel Citatio denegetur, an ob in-
competentiam judicis, an ob ineptitudinem libelli, *Mindan. l. 1. cap. 6.
n. 8. & seq.* Si enim Decretum rejectionis sine causa emaneat, & sup-
plicans eam nesciat, fieri potest, ut pars propter imperitiam Advocati,
ter vel quater supplicare teneatur. Ideo autem prior supplicatio cum
inscripto decreto, una cum posteriori supplicatione offerenda, ut
Judex

Judex partium desideria eo melius cognoscat ex collatione, nec decreta priora in Protocollo quæri debeant. *Mind. d. cap. 6. num. 8. seq.* Sufficit tamen si cum posteriore supplicato decretum prius in copia exhibeatur, ut in *Camerali Ordin. part. 1. tit. 22. §. 2.* habetur expressum. *Mindan. d. c. 7. n. 10.*

Si per mandata quis procedat, solent Judices quando utraque 9
pars contraria in precibus referunt, ex officio partes citare ad audientiam; quod quamvis regulariter non fiat, cum Judex ex officio citare non debeat, nisi causa publicam utilitatem concernat, Dd. allegati *ab Hilliger. lib. 23. cap. 2. lit. S. & Mindan. lib. 1 cap. 1. n. 6. & seq.* hoc tamen propterea fieri solet, quia res aliter expediri nequit; Lites autem finiri non partium tantum, sed & Reipubl. interest, *cap. Finem litibus. 5. X. de dolo & contumac. Covarruv. Pr. qu. cap. 23. num. 6. Jul. Cæsar. Rugmellus in Tr. de Appell. §. 11. Gloss. 3. n. 6.* & quos allegat *Pruckm. Vol. 2. cons. 1. n. 659. & cons. 16. n. 2.* Et alias mandatis ultro citroque elicitis parum proficitur, nisi demum audientia ex officio vel instante parte decernatur, cum talia Rescripta vim rei judicatæ non habeant *per tit. Comminationes, Epistolas &c. authoritatem rei judicatæ non habere.* In Camera atque aliis Judiciis solet mandatis cum clau- 10
-sula vel justificatoriis statim annecti citatio ad docendam paritionem, vel allegandum causas, quare non? Unde natum illud: Mandata, facta comparitione, resolvi in citationem, quod quomodo intelligendum, vid. *Mindan. de Protess. l. 2. cap. 7. num. 2 & 3.* Clausula autem justificatoria est, quando quidem aliquid sub pœna præcipitur, illi tamen, cui præcipitur, potestas relinquitur, rationem, cur parere necesse non habeat, in judicio, præfixo ad id termino, proponendi, *Mind. d. l. c. 6.* quæ ita, vel similibus verbis exprimi solet, Im fall aber ihr durch diß erste Gebot beschweret zu seyn/und warum demselben anbesohlner massen nicht zu gehorsamen wäre/erhebliche/beständige Ursachen und Einrede zu haben/ vermeinen soltet/alsdenn heischen und laden wir euch auff den 60. Tag nach beschehener Insinuation &c. Daß ihr solche Ursachen anzeiget/und unserer Entscheidung gewärtig seyd. Sed hæc clausula in mandato sine clau[illegible] non adhibetur, ut quæ contra naturam horum mandatorum esset, sed altera pars præcise parere jubetur, & ad hoc saltem citatur, ut

paritionem doceat, aut videat, se in pœnam mandato comprehensam incidisse, & allegandum causas, quare non inciderit. Et hæc citatio ad docendam paritionem etiam a supplicante petenda. *Mind. d. l. 2. c. 10. n. 6.* Mandata autem sine clausula fiunt in seqq casibus. 1. Quæ antea per se jure sunt præcepta, vel vetita, ut factum nullo jure justificari possit, uti de non attentando, de non armando milites. 2. Si damnum metuatur in re favorabili, devastatione sylvæ & simili. 3. Si contra salutem & tranquillitatem publicam quid fiat. *l. 13. de Usufruct. Gail. lib 1. obs. 4. & lib. 1. de P. P. cap. 2 n. 10.* & quæ notorie sunt alicujus officii, *Mevius p. 2. dec. 33.* exemplum in Tutore *Mevius p. 3. dec. 112.* & in spolio, *Mevius p. 3. dec. 249.* item 4. si res moram non patiatur, *Ordin. Cam. p. 2. tit 23. Denaisius c. 182. n. 2.* in armorum metu, *Mevius p. 1. dec. 139. Conf.* Bluhm *c. 34.* & similia. Mandatis igitur sine clausula annecti dicitur Citatio ad docendam paritionem, aut ad videndum, se declarari in pœnam, aut ad adducendum causas, quare non, *Recess. imper. de Anno 1557.* §. Ferner *statuiren* und ordnen wir / *&c. Recess. Deput. Anno 1600.* §. Ob wohl in allen *mandatis sine clausula &c.* Hæc autem potest esse formula: Wir gebieten bey Straffe 300. Rth. daß ihr ohne fernern Verzug und Einrede die gefangene Bürger loß gebet / wir heischen und laden euch / daß ihr auff den nechsten 30. Tag nach insinuation dieses / wo derselbe ein Gerichtstag / &c. erscheinet und beweiset / daß diesem unserm Mandat ein Genüge geschehen / oder wo nicht / anzuhören / daß ihr in die Straffe gefallen / oder beständige Ursachen anzuzeigen / warumb solche Erklärung nicht geschehen solle.

11 Ad audientiam si partes veniant, quod interdum serius fieri solet reorum culpa, quorum proprium fugere est, & judicum conniventia, qui eremodicia impunita esse sinunt, necesse est, ut in Protocollis judicialibus a Notario judicii omnia, quæ ultro citroque proposita, fideliter consignentur, quod passim Ordinationes bene constitutorum judiciorum requirunt. 1. Ut ad illa Protocolla semper recurri possit in processu. 2. Ut quando appellatum est a sententia, judex appellationis ex Protocollo transmisso possit colligere, quænam fuerit ratio decidendi. 3. Ut possit sciri, quæ pars compositioni recusaverit, ut in condemnatione in expensas facienda haberi possit ejus

ejus ratio. Ut appellatus, si causa in audientia solide ventilata, secure ad Protocollum se referre, & instantiæ appellationis statim submittere, atque ita Processum, quantum in ipso est, abbreviare possit, quod ipsi integrum per *Recess. Deputat. Anno 1600.* §. So soll auch vermög &c. Et in hoc Protonotarii officium etiam consistere, Ordinationes judiciorum passim confirmant. Exemplo sit Pomeranica Constitutio, *tit.* Von dem *Protonotario* und seinem Ampt / *ibidem:* Auch was mündlichen fürgetragen / und zu den Gerichtssachen gehörig / mit allem Fleiß *protocolliren &c.* Sicut etiam hac de re dictum est supra.

Auditis partibus, prima cura esse debet judicum, ut litem per 12
transactionem sopiant, *L. 21. in fin. ff. de reb. cred. cap. ultim. §. 1 c. 5. quæst. 2.* idque judicibus a Superioribus injungi solet, sicut nota est *Cameræ Brandenburgic. Colon. articul. 3.* & quæ Custrini est Constitutio *cap. 2.* quæ disponit his verbis: Und dem zu Folge soll durch unsere Räthe in allen Sachen den Partheyen auff ihr Erscheinen die Güte vorgeschlagen und befleißiget werden / Sie in der Güte mit einander zu vertragen / da aber dieselbe bey den Partheyen entstünde / und sie nach gehaltenem Fleisse dergestalt nicht könten von einander gesetzet werden / &c. Licet semper amicabilis compositio tentanda ante Processum: Hoc 13
tamen omisso, Processus nullus non est, nec Reus ab observatione judicii absolvendus, *Pruckm. Vol. 1. cons. 42. num. 1. & seqq. Carpz. part. 1. constitut. 1. Def. 10. in fin* sed ob metum scandali vel sequestratio fieri, ut uterque cogatur abscedere possessione, *Menoch. Remed. 3. Retin. Possess. n. 742. & n. 770.* si scilicet concurrat incertitudo possessionis & metus armorum, quorum unum non sufficit, *Mevius p. 2. decis. 238.* vel uterque ad concordiam compelli posset. Quamvis enim concordia 14
partibus svaderi, non imperari debeat, secus tamen est, ubi metus scandali accedit, ubi partes ad concordiam compelli possunt, *Menoch. lib. 2. A. J. Q. casu. 442. n. 8. & seq. Conf. Parthenius Litig. lib. 2. cap. 4. n. 22.* Præsertim in Tribunalibus summis, in causis privilegiatis, ali- 15
mentorum, vid *Carpz. d. Constit. def. 11.* sic Ministri Ecclesiæ ad transactionem compellendi. *Mev. p. 3. dec. 217.* Sed quid si versentur in appellationis instantia, quæritur: An partes libere possint transigere & non teneantur ad pœnam, quæ temere litigantibus, infligi solet?

Hoc

Hoc casu periculum pœnæ materie, affirmat *Menoch. l. 1. conf. 16. n. 22.* sed cum transactione concessa, de temerario litigio constare non possit, putarem pœnam non deberi, *Conf. Menoch. Cons. 675. n. 10.* In nonnullis tamen curiis supremis aliud observatur, *Christ. Vol. 1. dec. 288. n. 1. & seqq.* Quamvis autem Zasius *in L. Si convenerit. 29. ff. de re jud. n. 15. & Steph. Nathen. de justit. vidner. p. 2. tit. 2. cap. 8. n. 2. in fin.* dicant, non debere judicem partes ad concordiam disponere, postquam merita causæ didicit, id fundamento caret: nam licet sciat, quid pronunciandum sit, non tamen statim lis finita est, quippe & metus litis & sic etiam appellationis, sufficiens causa transactionis est per *L. 2. C. de Transact. & ibi Dd. Mantic. ap. 2. de tac. & amb. convent. lib. 26. t. 8. n. 20. & seqq.* Et hæc Sententia confirmatur ex nuperrimo Recessu, §. Zweitens soll der Richter / &c. ubi Judex primæ instantiæ in quacunque parte judicii transactionem svadere, & prius se ex Actis informare jubetur. Verba sunt hæc: Es soll der Richter erster Instantz nicht allein vor der litis contestation, sondern in quacunque parte judicii, durch alle dienliche Mittel und Wege / auch schiedliche Erinnerung Sie in Güte von einander zu setzen / und hierdurch alle weitläufftige Kosten / spaltige Rechtfertigunge zu verhüten / sich befleissigen / jedoch ehe er die Güte den Partheyen vorschlägt / vorhero in der Sache sich wohl in-
16 formiren / &c. Si autem transactio frustra tentata fuerit, tunc judicis partes non erunt, Processum statim aperire, sed si perspicue appareat statim, quid judicandum sit, sententia ferenda. Quod si res in facto illiquida, sitque ardua, tunc demum causa ad Processum remittenda, qua de re *Ordin. Cam. Brandenb. Colon.* Sin vero in jure vel juris applicatione, aliquo modo illiquida, non debet Processus aperiri, cum Processus Ordinarius ad facti solum informationem fuerit inventus.

17 Quoties autem juris quæstio, de plano res expedienda, ut *ex Cucho de legitim. tit. quo titulo relinquenda sit. n. 6. & Klockio Vol. 2. conf. 3. n. 3.* supra tradidi. Sed hic non raro peccatur, sed & in altera parte peccatur, dum, quamvis sit dubium in jure tantum, sintque vota judicum contraria, tamen statim, non præmissa matura deliberatione, sententia feratur, cum tamen in dubio aliquo occurrente, sententia potius in sequentem diem differenda, ut matura habita deliberatione senten-

Google

sententia feratur, cum præcipitantia sit noverca justitiæ, *Clem. Pastoralis. de sentent. & re jud. C. pen. c. 2. qu. 1. & sim.* & possunt, maturiori habita deliberatione, multæ apppellationes præcaveri. Nota sunt exempla JCtorum Clarissimorum, qui nunquam ex tempore consulentibus in jure respondere voluerunt, &c.

Punctus autem dupliciter dubius. 1. in thesi, quando Quæstio inter Dd. controversa, & tunc dicitur eam sententiam sequi, cui favet ratio naturalis, *Scacc. de sent. gl. 14. Quæst. 23. n. 20.* vel sententia, quæ communior apparet, *Scacc. d. l. n. 56.* vel quæ conveniat cum primis principus, universalibus Regulis, quadret sensui & capacitati etiam Rusticorum &c. *Scacc. n. 57.* Alio modo 2. est dubietas in jure ad factum applicando, in quo ita circumstantiæ variant, ut expediat etiam in puncto Juris ad processum ordinarium partes remittere.

CAPUT TERTIUM
DE
CITATIONE

SUMMARIA.

1. *Citatio est initium Judicii.*
2. *Ad quid citantur.*
3. *De generali Citatione.*
4. *An in Processu Liquidationis, generalis citatio recte fiat.*
5. *Explicantur fusius ea, quæ in n. 3. dicta de generali citatione.*
6. *Citandi etiam ii, quorum interest.*
7. *Effectus Citationis generalis.*
8. *Citatio specialis, quæ etiam contra civitatem locum habet.*
9. *Quotuplex Citatio specialis, & de Citatione ad totam Causam.*
10. *Utilitas Citationis ad totam causam.*
11. *Delegatus inserat copiam Mandati.*
12. *Forum sit competens.*
13. *Citationi inserendus libellus.*
14. *Et causa Citationis.*
15. *An Judex domicilii subditum in alieno territorio citare potest.*
16. *In quibus casibus etiam non subditus citari potest.*
17. *Si ex loco contractus sortiatur Reus alicubi forum, absens non est citandus.*
18. *Forma literarum subsidialium.*
19. *Edictalis Citatio habet locum tantum, ubi reus non est in certo.*

 20. *Quan-*

1 Citatio est initium Judicii apud nos, ubi Magistratus ipse judicat,
& ante litem contestatam multa in disputationem veniunt. *Hil-
liger. lib. 23. cap. 1. lit. G. Mynſ. cent. 4. Obſ. 26. Franzkius ad Tit. de Ju-*
2 *dic. n. 54.* Citatio vero aut ad audientiam dirigitur, & quidem vel pe-
tente parte, vel ex officio, quando partes in supplicationibus & rela-
tionibus suis in contradictoriis versantur: aut ad Processum, quod in
suprema Spirensi Camera fieri solet, & est basis totius judicii. *L. De
unoquoque. 47. ff. de re jud.* Dd. allegat *Hillig. l. 23. c. 1. lit. H.* & est Pro-
cessus initium, *Clem. 2. Ut lite pendente &c.* respectu scil. Jurisdictio-
nis, non vero meritorum causæ. *Wesenb. in Tit. de judic. n. 5.* Et hæc
simpliciter necessaria, cum defensionem respiciat, & sic juris Natura-
lis sit, nec a Principe omitti possit. *Hillig. l. 23. c. 2. lit. A. Gail. lib. 1.
obſ. 48. n. 2.* Ideo omnis actus judiciarius contra non citatum cele-
bratus est nullus, *Gail. l. 1. obſ. 48. n. 1.* quamvis excipiant actus, qui
etiam reo contradicente possunt expediri, aut si res minimi præjudi-
cii, aut secundarie jus aliorum concernat, aut si periculum in mora,
aut res liquida. *Conf. Mynſ. c. 2. obſ. 91.*

Est

Est autem Citatio vel generalis, vel specialis. Generalis est, quæ fit ad omnes, quorum aliquomodo intereſt, c. fin. de Elect. n. 6. id quod fit, quoties contradictor eſt incertus, Gail. l. obſ. 57. num. 6. ut fieri ſolet in Proceſſibus liquidationum, Carpzov. lib. 3. Reſponſ. 23. num. 19. & de Proceſſ. tit. 7. art. 4. n. 30. vel quoties is, qui emptum eſt caſtrum, evictionem timet, tunc enim is poteſt petere citationem omnium eorum, quorum intereſt, & jus aliquod in caſtro emendo prætendunt, cum comminatione perpetui ſilentii, Gail. lib. 1. obſerv. 57. num. 9. aut ſi heres velit adire hereditatem, & neſciat, an damnoſa ſit, juxta cautelam Scaccia de judic. lib. 1. cap. 34. num. 19. Myns. C. 2. obſerv. 47. quæ tamen cautela hodie ceſſare poteſt juxta Scacc. d. l. n. 20. aut ſi minor contra hereditatem aditam reſtitutionem petat. Auth. Si omnes Creditores. C. Si min. ab hered. ſe abſtin. tunc enim ſi Creditores non ſint certi, Citatio generalis locum habet. Sforz. Oddus de Reſtitut. qu. 34. art. 10. & 11. num. 51. Atque his & ſimilibus caſibus, ubi citatio generalis locum habet, neceſſaria nihilominus eſt citatio ſpecialis, ſi exſtat certa perſona, quæ ex actu læſi poſſit. Vanſius de nullitat. tit. de nullit. ex defect. citat. n. 142. per L. 1. §. 12. ff. de ventre inſpic. Hipp. de Marſil. Sing. 259. Menoch. rem. 8. recup. poſſeſſ. num. 102. quæ citatio generalis non arctatoria dicitur, ſed monitoria, obligans citatos, ſi ſua intereſſe putaverint, non autem ſimpliciter compellens. Vantius d. tit. n. 60. Hilliger. in Donell. lib. 23. cap. 2. lit. F. Hæc tamen Citatio citatum poſt ſententiam repellet. Tuſc. concl. 255. lit. C.

Generalis autem Citatio per Edictum in proceſſu liquidationis 4 paſſim recepta, licet quidam ſint certi, ſed hoc improbat Fr. de Salgado in Labyr. Credit. p. 1. n. 34. & ſeq. ubi putat generalem Citationem ad incertos incognitoſque pertinere, & citat multos n. 35. qui tamen id in terminis omnes non ſtatuunt, ſed non recedendum eſt a praxi. 1. Quia utcunque certi ſint Creditores, non poreſt tamen ſecurus reddi Emptor. Nam non citatus non præjudicaret. 2. Specialis illa citatio magnos requirit ſumptus. 3. Anſam præberet multis diſputationibus.

5 Quæ in numero tertio diximus, egent declaratione. In casu, ubi quis vellet temere Prædium, de evictione dubius, non frequentatur generalis citatio, nisi in quodam prædio plures sint concurrentes hypothecarii Creditores. Nam venditor non facile patietur Creditores citari, si non habere se dicat, nec citra consensum Venditoris puto eam peti posse. In adeunda hereditate videtur etiam cessare utilitas Citationis generalis, quia heres habet beneficium inventarii, & ideo non tenetur ultra vires hereditatis solvere. Utilis tamen est ad id, ut heres possit cum Creditoribus tractare, An aliquid de debitis suis remittere velint, & solutionem in certos terminos atque ordinem distribuant, quod creditores magis amplectentur, quam ut concursum eligant, & tunc majori parti Creditorum, quod placet illi, statur, *l. 7. §. ult. & l. seq. ff. de pact.* Erit & tunc utilis ac concedenda citatio generalis per Edictum, quando quis vult emere fundum a Creditore. Nam cum Creditor jure Creditoris vendens non teneatur ad Evictionem, *tot. titul. Cod. Creditorem Evictionem Pignoris non debere*, vix secure contrahit Emtor, nisi Cre-
6 ditor omnes Creditores convocari petat. Et ubi generalis Citatio sufficit, etiam alii debent citari, qui ex illo actu lædi possunt. Sic v. g. Citatis alicujus Nobilis Creditoribus, citandi etiam proximi Agnati, licet Creditores non sint. Sic si Venditor fundi citari curet Creditores, si ibi jus proximitatis & retractus vigeat, utique & cognati vocandi sunt, quod & fieri debebit in venditione pignoris
7 immobilis. Citationem Generalem, non arctatoriam, sed monitoriam dici, dictum *n. 3.* quin & litis pendentiam per eam non induci, tradit *Lancelottus de attent. part. 2. cap. 2. præf. numer. 159. seq.* Verum utrumque declarationem & correctionem aliquam meretur, nam, interim sic citatis emanentibus, silentium imponi tralatitium est, non utile aliqua ex causa, nisi ob contumaciam, ob quam jure suo excidunt. Ideoque est Arctatoria, non absolute, ut simpliciter cogi possit ad comparendum, sed causative, si quis suum salvum habere velit. Conf. *Carpzov. in proc. t. 7. artic. 4. num. 52. Gail. observ. 47. n. 12.* Deinde quoties ad instantiam debitoris obærati, & cognita causa Judex Creditores per Edictum citavit,

Google

citavit, habet effectum litis pendentiæ, ut conquiescant molestiæ Creditorum, a quibus conveniri, & excuti amplius nequit. *Salgado d. tract. p. 2. cap. 1. n. 42.* qui *n. 14.* alium effectum tradit, quod omnes lites contra debitorem, coram aliis Judicibus motæ quiescant, & judicem concursus sequantur, *Salg. d. Tr. cap. 4.* & quod Judex concursus per inhibitionem vel requisitorias literas lites attrahat coram aliis pendentes. *Salgad. d. tr. cap. 5.* Aliud, si bona habeat in alia provincia sita.

8 Specialis Citatio est, qua certa persona, aut certarum personarum Collegium, aut Civitas, personam repræsentans, vocatur. *Gail. lib. 1. observ. 49. n. 6. Menoch. part. 3. titul. de Citatione cap. 3. n. 20.* Et hæc Citatio interdum etiam monitoria tantum est, ut si citetur quis ad videndum jurare testes, *C. Significavit. 41. X. de testibus. Klock. Vol. 2. consil. 6. num. 207.* Civitas autem quando citatur, citatio affigi solet in loco, ubi conventus haberi solitus, vel, si tutus accessus non sit, in porta civitatis, vel loco confinii, per ea, quæ tradit *Hillig. lib. 23. cap. 2. lit. f. p. 1005.*

9 Specialis autem est vel ad singulos actus, ut in plerisque judiciis, vel ad totam causam, uti solent esse Citationes in Camera Spirensi, citra respectum distantiæ locorum, excepto casu Purgar. & Pract. L. Diffamari. *Gail. lib. 1. observ. 51. n. 10. Mynsinger. Cent. 4. observ. 33.* Nam in his casibus non una generalis citatio sufficit, scilicet in crimine fractæ pacis publicæ, ubi si suspiciones contra aliquem militent, citatur pars, ut, si non sit Elector, vel Princeps, in persona compareat, & se purget, si non compareat, denuo citatur, ut videat se condemnari in pœnam Banni, *per Constit. Pacis de Anno 1548. Titul.* **Wie gegen denen / die des Friedebruchs.** Quin etiam *ex Lege Diffamari. C. de ingen. & manumiss.* binam citationem requirunt Dd. quia de juris privatione agitur. *Mynsinger. cent. 3. observ. 86. & ibi allegati. Gail. lib. 1. observ. 12. n. 4.* Et quando citatus comparet, & diffamationem fatetur, si diffamatus alium judicem ordinarium habeat. v. g. Austregas, tunc ad illum causa principalis remittitur, aut causa talis est, quæ in prima instantia ad Cameram spectet, & tunc utrumque judicium in Camera tractatur. *Gail. d. obs. 12. n. 1. & 2.* quamvis alias, si diffamatus habeat plures judices, diffamatoris sit electio. *Blarer. ad L. Diffam. c. 4. n. 56.*

Carpz. Process. t. 20. art. 2. n. 15. Licet autem alias generalis citatio ad totam causam tantum habeat locum, quando citatus non degit in propinquo, sed in longinquis regionibus *C. Ex literis. 5. §. fin. in integr. restit. Maranta d. part. 6. m. 1. n. 118. Vant. d. t. n. 88. Hillig. d. c. 2. lit. B. Tuschus concl. 254. n. 11.* In Camera tamen Spirensi secus, & solet esse hujus citationis hæc clausula: Der Sachen und allen Gerichts-Tägen und Terminen biß nach endlichen Beschluß und Urtheil beyzuwohnen und auszuwarten / &c. *Monachus part. 3. cap. 2. n. 3.* Item daß die Partheyen auff angesetzten Tage einen beständigen gewissen Anwalt mit vollkommenen Bericht des Handels verordnen / der die Sache biß zu Ende ohne fernere Citation ausführe / &c. *ut in Ordin. Pomeran.* von Gerichts Ladung Et potest procedi usque ad sententiam, si modo lis contestata, vel etiam si non sit contestata in causis, ubi litis contestatio necessaria non est. *Marant. d. l. n. 118. Hillger. d. l. 23. cap. 2. lit. B.* Et cum in instantia appellationis litis contestatione opus non sit, sine dubio generalis citatio locum habebit. Et cum hodie præsertim juxta Recessum Imperii novissimum, etiam lite non contestata, in contumaciam procedi possit in principali negotio, hinc rectius dicitur, hodie semper citationem generalem hunc habere effectum, ut ad definitivam
10 usque sine nova citatione perveniri possit. Et hæc citatio ratione actuum judicii generalis, commodum est diuturni Processus remedium, ne toties ad comparendum, respondendum, videndum jurare testes, produci instrumenta, publicari relationes, acta, sententias, citare opus sit. *Parthen. litig. lib. 2. c. 13. n. 15.* In judiciis etiam inferioribus nonnullis recepta *Ordin. Judic. Brunswic. tit. 25. §. 6.* Et quamvis hanc generalem citationem per comparationem exspirare velint, tamen hoc intelligendum esse monent, si citatus in loco judicii manserit, non vero, si domum redeat. *Scac. lib. 1. c. 88. n. 18 Hillger. d. lit. B.*

11 Citatio autem fit vel a judice Ordinario vel a Delegato. In hoc solet & debet communiter copia mandati sive commissionis inseri, si citatio in scriptis fiat, ut excludantur dilationes deliberatoriæ *cap. 2. X. de dilat. Gail. l. 1. obs. 48. n. 17. Mynsing. Cent. 3. obs. 1. n. 4. Cevall. qu.*
12 *88. Treutl. Vol. 1. disput. 4. th. 5. lit. A. Hillger. n. 17. cap. 8. lit. Eee.* Si judex autem ordinarius citet, ante omnia requiritur, ut is sit competens,

petens, de quo supra. Sed si citatus privilegio munitus, tenetur comparere, & privilegium allegare *L. 2. ff. si quis in jus vocat. &c. L. 5. de judic.* si vero jurisdictio non sit communi jure fundata, impune non paretur *per l. fin. ff. de jurisdict. Gail. lib. 1. observ. 48. n. 9. Wurmser. tit. 6. obs. 3. Mynsing. Cent. 6. obs. 7. Thom. Merckelbach. inter Consilia Klocku. Vol. 1. cons. 14. n. 28. Ummius disp. 5. n. 26. Donell. & ibi. Hilliger lib. 23. cap. 8 lit. E.* Et hic judex ordinarius provide & circumspecte 13
aget, si libellum supplicem, ut & copiam documentorum in libello expressorum, *Rec. Ratisp de anno 1654. §. 35.* citationi inserat, ut Reus amplius dilationem deliberandi petere non possit, & ut ita litis pendentia inducatur, ut monet *Gail. obs. 51. n. 3. per d. c. 2. & ibi Panorm. Mynsing. Cent. 5. obs. 85. n. 9. & 10. Scacc. de judic. l. 1. c. 32. n. 16. Hillig. l. 23. c. 3. lit. A.* Nam libelli quidem insertio absolute non est necessaria, nec ejus omissio reddit citationem vitiosam, nec indiscretam, *Carpz. Proc. t. 7. art. 2. n. 24.* poterit tamen Reus deliberationum dilationem petere, quod non potuisset, si libellus insertus fuisset, & alias non inducitur litis pendentia. *Rom. Sing. 812.* Sane causam in specie citationi 14
inseri debere, & alias citationem esse indiscretam & frustratoriam, sine distinctione, an in partes longinquas mittatur citatio, an non, ut instructus venire queat citatus, & inanes dilationes ac protelationes causarum amputentur, volunt *per d. c. 2. & Ord. Cam. p. 3. tit. 12. §. 3. Scacc. d. c. 32. n. 14. Vant. de nullit. ex defect. citat. n. 50. Hill. d. c. 8. lit. A. Carpz. de Proc. tit. 7. art. 2. n. 20. seqq.* Et quamvis judicem do- 15
micilii etiam alibi degentem subditum suum citare posse dicat *Bossius tit. de Citat. num. 20. Gail. l. 1. obs. 56. in fin.* id tamen intelligo cum distinctione *Jasonis in l. fin ff. de Jurid. num. 24. & Marant. p. 6. m. 2. n. 40.* quod scil. per nuncium facere hoc possit, si sub eodem Principe sint ambo Judices, alias vero literis subsidialibus opus esse. Praxis enim nota, ut, sub eodem Principe si sint, citationes scriptæ non aliter fiant, nisi interpellato illo Judice, sub quo degit ille alibi. Nam quandocunque judex in alterius territorio aliquem jurisdictionis actum præserum in scriptis, exercere vult, debet habere licentiam illius judicis. *Clement. 1. §. Volumus. de foro competenti. Marantæ part. 6. Tit. Ut recte concipiatur citatio. n. 41.* Sed judex superior inferioris judi-

judicis vel vasalli subditos, eo non requisito, citare potest *per l. 33. §. 5. C. de Episc. & Cler. Rauchb. p. 1. qu. 13. n. 11. & seqq.* & alii, quos alle-
16 gat *Carpzov. de Process. tit. 7. art. 3. n. 22. & seqq.* Sane tres reperiuntur casus, ut judex etiam loci contractus, vel delicti, vel rei sitæ possit citare non subditum. 1. Ut significetur tantum illi per nuncium, litem super hoc negotio motam esse, cujus hic esset effectus, ut ad immissionem perveniri possit. 2. Ut literæ subsidiales scribantur ad judicem, sub quo domicilium habet citandus, de cujus forma *Carpz. de process. tit. 7. art. 3. n. 7. & seqq.* 3. Ut per edictum citetur, *Gail. d. l. observ. 56. Mynsing. Cent. 6. obs. 5. Conf. Zanger. de Except. part. 2. cap. 1.*
17 *n. 171. Hilliger. lib. 17. cap. 16. lit. E.* Primus modus non habet locum, ubi quis ratione contractus citandus. Nam si ex eo capite quis citandus, necesse est, ut ibi sit præsens, aut habeat bona, quæ arrestari possint, nam alias non potest citari, nec per nuncium, nec per subsidiales *c. 1. §. Contrahentes, de foro comp. in 6. Gail. l. 1. obs. 36. n. 14. Carpz. l. 1. Resp. 30. & quos refert Struv. Exerc. 9. n. 40.* Ergo primus modus citandi peregrinum tantum locum habet, ubi quis vel ob bona sita conveniendus, vel ubi bona arrestantur, sicubi consvetudine receptum, ut Arrestum habeat effectum jurisdictionis prorogativum, de quo *Gail. de Arrest. Imper. n. 7.* sed tutius tamen est, per subsi-
18 diales procedere. Forma autem subsidiariæ citationis est, ut judex significet alteri judici, conventum esse Reum ob locum rei sitæ, vel ex delicto, vel eum ut testem nominatum, vel reum criminis aliquid retulisse, super quo confrontatione opus sit, ideoque se rogare, ut jubeatur subditus, in hoc judicio comparere &c. se in pari causa paria facturum, & non debere hæc fraudi esse jurisdictioni alterius judici &c. *Confer. Colerus part. 3. de Process. Execut. cap. 7. num. 37. Gail. lib. 1. observ. 46. num. 5. & Carpz. Tit. 7.*
19 *art. 3. num. 7.* Quamvis autem ultimam viam omnium tutissimam dicat *Gail. d. observ. 56. numer. 7.* tamen *Carpzov. lib. 3. Resp. 13. numer. 13.* id restringit ad eum casum, quando judex nescit, ubi locorum degat citandus per *Clem. 1. de Judic. & Clem. Pastoralis. 2. in medio de Sentent. & re judic.* Nam Citatio Edictalis contra certas personas non habet locum, nisi in certis casibus, in casu neces-

sitatis,

Gail. lib. 1. observ. 57. Scacc. lib. 1. cap. 54. n. 7. Hilliger lib. 22. cap. 2. lit. F. Carpz. de process. tit. 7. art. 4. n. 1. v. g. Si citatus faciat, quo minus citatio ad se pervenire possit. *C. Quoniam. 5. §. Porro. X. ut. lite non contest.* 2. Quando citationis locus est intutus. *d. Clem. 1. de judic.* 20
3. Quando citatus est vagabundus, *Gail. d. l. Carpz. d. l. & Resp. 25. n. 10. Menoch. remed. 8. recup. poss. n. 17. Carpz. de art. n. 11. & seqq.* Addit alium casum *Scacc. c. 34. n. 13.* quando personaliter citatus per contumaciam absens est, & recessit procuratore non relicto, quem refert *Hillig. alleg. loco.* Sed hic casus ex peculiari statuto Romano est. Melior adderetur, si certum sit, judicem loci non executurum petita, nec compulsurum citatum, ut compareat. Nam tunc ad Edictalem citationem pervenire possunt. Exempla a *Gailio* adducta hoc probant, modo non occasionem repressalus præbeant. Quin etiam eo casu volunt Edictalem citationem locum habere, si Reus in longinquo habitet, & semel in faciem citatus sit *per Clem. 1. de Judic. Hippolyt. de Marsil. Sing. 260. Schurff. Cent. 1. Cons. 82. n. 6.* quod tamen ex *d. Clementina* non probatur, quia in Clementina duo casus. 1. Si faciat, ne ad se citatio perveniat, 2. si non sit tutus accessus. Tria loca exprimen- 21
da, & tot locis affigenda sunt edicta, scilicet contra vagabundum, vel incertos creditores. Quod licet nullo textu probetur, Consvetudine tamen introductum, ut fama eo melius ad plures pervenire possit, præsertim cum agatur de præjudicio aliorum, & præclusione Juris, & contrariam observantiam iniquam esse putat *Gail. l. 1. obs. 57. n. 10.* Ubi statuit, si non exprimantur tria loca in supplicatione, eam cum decreto reddi solere *Carpz. tit. 7. art. 4. n. 45. & seqq.* Petens igitur Edictalem citationem, tria loca exprimere tenetur, ex quibus locis probabiliter notitia ad citandum pervenire possit, *arg. L. 11. §. 3. de Instit act. Gail. d. l. n. 10.* Non autem nisi ordinarius 22
Judex, non vero delegatus, per Edictum citare potest, nisi Principis delegatus sit, cum superioritatem requirat, sitque exorbitans & rigoris plena edictalis citatio, *Scacc. d. cap. n. 3. Vant. d. l. num. 25. Hillig. d. c. lit. H.* Sed quod dicitur de Judice delegato, illud verum est, quando citanda est persona certa: sed quando Creditores convocandi sunt a Commissario, putaverim omnino id sine speciali

ciali mandato fieri posse. Nam hoc casu non irregularis, sed ordi-
23 naria est Citatio per edictum. Ut vero Edictalis citatio contra certas personas non facile, nec sine adhibito consilio JCtorum instituenda, monente *Carpzov. de Process. d. tit. 1. art. 4. n. 7.* ita ea, si generalis sit, faceret ad multas lites præcavendas & præcidendas, v. g. quoties venduntur bona Domino demortuo, & timetur æs alienum inhærens prædio, vel ubi civitas ob debita tributa, domum vel alia prædia vendit nam licet extra concursum civitas collectas debitas exigere possit, æquius tamen est, ut creditores alii citentur & desuper audiantur, quia alioquin Emptorem timere oportet, ne ab hoc vel alio actione Hypothecaria conveniatur, & venditores iterum convenire cogatur, aut litem eis denunciare, quamvis utilius foret ad cavendas istas lites Statutum condere, quod bona immobilia non aliter, nisi authoritate judicis pignori obligari possint.

24 Citari oportet eum, contra quem actio competit, & omnes eos, qui ex eo actu lædi possunt, *L. De unoquoque. 47. de Re jud. L. 39. ff. de adopt.* v. g. si ex *L. fin. C. de Edict. D. Adrian. toll.* possessionem hereditatis petam, tunc enim possessor bonorum hereditariorum simul citandus est, *Menoch. remed. 4. adip. possess. n. 447 seqq.* Si autem ille, cujus interest, non citetur, valet quidem judicium inter præsentes, sed non citatis, quos per consequentiam tangit negotium, non præjudicat, *Vant. de nullit. ex defect. citat. n. 19. Hilliger. d. c. 2 lit. B.* Exempla in *l. 25. ff. de statu hom. l. 29. ff. de inoffic. Testament.* nisi actus invito eo, qui citari potuisset, expediri possit & ille sua contradictione actum impedire non possit. *arg. l. 4. §. 3. ff. de fideicomm. libertat. l. 26. de R. J. Gail. l. 1. de P. P. cap. 5. n. 12. & l. 2. observ. 142. n. 2.* Quando enim actus invito eo, qui reluctari non potest, geri potest, tunc frustra citatur alter: ut si Pater velit legitimare liberos naturales, non requiritur consensus agnatorum, *Gail. l. 2. observ. 142. n. 1. & seq.* frustra citantur liberi in donatione paterna confirmanda, &c. Idem in mandatis sine clausula, *Gail. l. 1. obs. 13. n. 12.* vel certum sit, ipsi nullam defensionem competere. *C. Cum sit Romana. in fin. X. de Appell. Menoch. l. 1. Arbit. quæstion. 17. n. fin. Scacc. l. 1. cap. 88. num. 20.* Quando enim crimen est notorium, ita, ut certum sit, nullam exceptionem competituram, tum

sine

Digitized by Google

ſine Citatione declaratoriam ſententiam Banni, vel confiſcationis bonorum fieri poſſe tradit *Peregr. de Jure Fiſci l.4. Tit. 5. n.21. Guazius confiſcat. bonorum concluſ. 15. n.4.* Sed difficile eſt de alterius Exceptionibus judicare. Quando etiam ex ſtatuto, vel pacto licet arreſtare, vel ſequeſtrare bona debitoris, fugam meditantis, tum talis detentio etiam ſine citatione prævia fieri poteſt, *Coler. de Proc. Exec. part. 3. c. 7. n. 12.* vel ſi in inſtrumento addatur clauſula, quod citationis ſolennitas pacto contrahentium ſit remiſſa. *Marant. d. mm. 11. Scacc. c. 88. n. 20.*

Præſentem non eſſe citandum concedimus, ſi reſpondere ex tempore velit, ſed ad reſpondendum cogi non poteſt, exceptis criminalibus, cum duplex citationis finis, alter, ut ſe præſentem ſiſtat Reus, alter, ut interim ad defenſionem ſe præparet. Sic reus licet rite citatus, mutato tamen ab Actore libello, reſpondere ſine nova citatione aut dilatione non tenetur. *Carpzov. tit. 7. art. 2. num. 28. & ſeqq. Struv. Exerc 5. th. 10.* Datis igitur induciis, illa ipſa monitio præſenti facta, ut iis lapſis certo die iterum judicio adſit, vera citatio eſt, ut recte poſt alios citatos *Hillig. d. l. 23. c. 2. lit. C.* 25

Citatio præterea alia fit oretenus per ipſius Judicis aut nuncii vocem, & hoc in cauſis ſummariis: aut fit per ſcripturam, & quidem ab Ordinario judice in cauſis Ordinariis, vel ſi perſona illuſtris. *L. 17. C. de dignit.* Unde colligunt Dd. Nobiles & Doctores tantum in ſcriptis citandos eſſe. *Tiraquell. de Nob. cap. 20. num. 187. Guido Papa. Sing. 82. num. 7. Hilliger. L. 23. cap. 2. liter. T.* Sed hoc, ubi ſunt in loco judicii ſupremi, non obſervatur paſſim. Vel ſi nuncius non ſit juratus. *Rosbach. tit. 22. num. 47. Hilliger. d. cap. 2. lit. T.* Nam nuncio non conſveto non creditur ſine ſcripto, cum nuncio ad id conſtituto etiam ſine ſcripto credatur. *Marant. de Cit. num. 79.* Quod tamen de conſvetudine potius verum, quam Jure. Nam cum nuncius de commiſſione Judicis teſtatur, de alieno facto deponit. Tutius igitur commiſſio judicis actis inſcribitur. *Menoch. lib. 2. Præſumpt. 24. Chriſtin. Vol. 5. Deciſ. 159. n. 25. &c.* citatio ad domum facienda. *Scacc. lib. 1. cap. 33. num 3. & ſeqq. Hilliger. d. cap. lit. T.* Quamvis citatio ſcripta facilius ad notitiam citandi venire poſſit, quam ſi ejus domeſticis oretenus dicatur 26

Maranta n.31. A Delegato vero indiſtincte citatio in ſcriptis facienda. Quæ ſcripta citatio continere debet 1. Nomen judicis. 2. Rei citandi. 3. Actoris. 4. Cauſam in ſpecie. 5. Locum, qui neceſſario exprimendus, ſi judex non habeat certum tribunal, ut delegatus. 6. Tempus. *L. 5. §. 1 quod vi aut clam. Ord. Cam. p. 3. titul. 2. §.* Als auch, ejus expreſſio omnino neceſſaria. *arg. L. Per intervallum. 69. ff. de judic.* Et de his requiſitis plura apud *Gail. lib. 1. obſ. 48. & ſeqq. Donell. & ibi. Hilliger. d. cap. 2. Umm. diſput. 5. & alii. Carpz. de Proceſſ. tit. 7. art. 2.*

27 Citatio autem fit duobus modis, vel præfinitione expreſſa certi termini ac diei, vel præfinitione termini numerandi a die inſinuationis vel executionis citationis, v. g. die trigeſimo ab inſinuatione numerando, *arg. L. 1. §. fin. quando appelland. Mind. lib. 2. cap 18. n. 3. & Umnius diſput. 5. n. 54.* adeo, ut dies inſinuationis non computetur, cum hic integri dies conſiderentur *per l. 1. ff. Si quis Cautionibus. & L. Ubi lex. 101. de R. J. Tiraquell. de Retr. Conſang. §. 1. gloſſ. 11. n. 18.* ubi tamen varias limitationes *n. 23. & ſeq.* proponit v. g. Trigeſimo abhinc die, vel intra annum ab hoc contractu & ſimil. *Gail. lib. 2. obſ. 48. n. 13. Mynſing. Cent. 5. obſ. 15. Hillig. d. c. 2. lit. Bb. & Carpz. p. 1. conſt.*
28 *2. def. 23.* Et hæc poſterior aſſignatio termini in caſu, ubi unus tantum citandus eſt, (nam ubi plures citandi, certus dies exprimi ſolet. *Ord. Mogunt. tit.* von Citation. §. Würde aber/ &c.) commodior videtur ob partes domicilium longinquum habentes & ut querelis de anguſto termino, & ſera inſinuatione citationis occurratur, & ita judicium ſine interruptione procedat, & huic citationi ſolet a provido judice annecti clauſula: *quod ſi illa dies non ſit futura juridica, compareat die ſequenti*
29 *juridica, Gail. l. 2. obſ. 53. num. 2.* Ad quem finem receptum, ut, præſertim quando partes longius abſentes, pro tribus citationibus detur una peremptoria, quæ continet tantum tempus, quantum trina citatio, ſcilicet triginta dies: *L. Nonnunquam. 72. ff. de judic. & L. Conſentaneum. 8. C. quomodo & quando judex. Parthen. litig. 2. cap. 13 num. 15.* & clauſulas peremptorias habet, v. g. Soll auff dein Auſſenbleiben nichts deſtoweniger ergehen/ was recht iſt: vel ſi addatur verbum *Peremptorie, Carpz. part. 1. conſt. 3. def. 2. & de Proceſſ. tit. 7. art. 1. n. 16. Parthenius. d. l. n. 16.* Hodie vero in judiciis paſſim & quidem rectiſſime

Google

me recepta peremptoria citatio, *Carp. d. lv. gr. in Luneburg. Ordin. tit. 19.* Es sollen alle Ladungen peremptorie gesetzet werden. *Item in Brandenb. Ordin. in Franconia. tit. 8.* Die Citationen und Ladunge sollen gemeiniglich auff einmahl/ &c. Item Brunswic. tit. 25. ibi, allewege peremptorie &c. Pomeranica tit. Von Gerichtsladung. ibi: sollen hinführo alle Citationen peremptorie mit getheilet/ &c. Peremptoriam citationem etiam esse volunt Doctores *ad L. 2. C. quomodo & quando* 30
Judex. quando ipse judex præsentibus partibus assignat terminum.

Tunc autem peremptoria una non sufficit pro pluribus, quando de privatione juris agitur, v. g. ex *L. Diffamari. Scacc. de Judic. l. 1. cap. 91. n. 25. Mindan. l. 2. c. 2. n. 21.* Item ex *L. Si contendat. ff. de fidejuss.* vel si contumax ex statuto pro confesso habeatur. Nam his casibus, ubi de pleno præjudicio agitur, binam ad minimum requiri citationem, tradit post plures *Mynf. c. 3. obf. 86.* Quantum vero temporis contineat 31
peremptoria Citatio, de eo loquitur *d. L. Nonnunquam.* sc. triginta dies, sive quatuor septimanas, quod etiam passim in judiciis inferioribus observatur, ut in Brandenb. Ordin. in Franconia *tit. 8. in Poter. 36.* zwölff für den ersten/ 12. für den andern/ und 12. für den dritten Termin/ ut in Ordin. Pomeran. Von Gerichtsladung. Apud nos 6. septimanæ. In foro Saxon. 6. septimanæ, & tres dies, de quo passim agitur. In Camera ad minimum 60. dies. *Recess. noviss. §.* Würde darauff/ &c.

Insinuanda autem est citatio, præsertim prima, ipsi citato in 32
faciem, *l. 13. §. 1. ff. de Excus. tut.* nisi ipsius copia haberi non possit *per L. 1. §. 1. de agnosc. liber. L. 4. §. 5. ff. de damn. infect. Scacc. lib. 1. de judic. cap. 45. num. 2. Mev. p. 3. dec. 81.* in aliis actibus ad domum citari potest *Scacc. d. l. numer. 4. d. cap. 2. liter. D.* Imo in prima citatione sufficere, si in domicilio fiat per scripturam, experientia testatur, teste *Carpzov. d. tit. 7. artic. 1. numer. 61.* Et si plures sint Rei 33
vel unius plures heredes, omnibus insinuanda est, *L. De unoquoque. 47. de re judic. Berlich. p. 1. conclus. 10. num. 44 & seqq. Carpz. d. tit. 7. art. 1. n. 16.* nec sufficit, si in domo hereditaria, ubi vidua cum nonnullis liberis degit, fiat. *Mev. p. 4. dec. 337.* Provide etiam faciet, si citationem scriptam in Originali nuncio det, & simul copias tot, 34
quot sunt citandi, quæ copiæ Reis relinquuntur. *Mogunt. Ordin. tit.*

Von Execution **der Einladungen.** Item etiam *Pomeran. Ordin. tit.*
Von den Boten. Si enim domestici nolint recipere, valvis domus
affigere potest nuncius, & hoc alicui ex vicinis significet, modum-
que hunc executionis originali inscribat. *Pomer. Ord. tit.* **Von den**
35 **Boten.** Hodie per Recessum nuperrimum in Camera una cum ci-
tatione semper libellus simul transmitti debet. §. **diesem nechst nun**
bey dem dritten Hauptpunct/ &c. *in fin.* quæ insignis est cautela ad
contrahendum Processum, cui similis est illa, quod una cum libello
supplice, in quo petitur citatio ad Processum, cum libello etiam copiæ
documentorum sub Notarii manu approbata, simul mitti possint. *d.*
36 *Recess. noviss.* §. **Beneben bleibet einen jedem Kläger**/ &c. Et facienda ci-
tatio per juratum nuncium vel Notarium publicum, vel alium priva-
tum, modo jurato deponat, *Carpz. d. tit. 7. art. 1. n. 77. seqq.* quamvis
apud nos loco juramenti sub fide relationem suam confirmet. Cujus-
vis loci consvetudo in citatione observanda, & quidem ejus judicii, e
quo emanat, non vero ejus, a quo executioni traditur. *Mev. p. 4. dec. 528.*
37 Relatio nuncii jurati, vel alterius pro consvetudine locorum in
Camera ad finem Citationis Originalis scribi solet. *Ordin. Cam. part.*
1. tit. 38. §. *5.* ut *Mogunt. Ordin. d. t.* **Von Execution der Ladungen.** Ali-
bi vero relatio ab Actuario judicii scribi & Actis inseri solet. *Berlich.*
d. concl. 10. n. 28. & seqq. Alibi vero coram Notario publico, qui non
est Actuarius, fieri solet, quia tabellarii etiam non jurati, sed loco jura-
menti factam tamen relationem scribit & ad acta referri curat. Alibi
vero hæc nuncii relatio plane ad Acta non refertur, sæpe cum parti-
um damno & quidem male. *Maranta. d. m. 1. n. 25. & Carpzov. d. tit.*
7. art. 1. n. 69. Quicquid sit, relatio nuncii omnino est de substantia
citationis & sic omitti nequit, *Greveus l. 1. cons. 54. Christ. decis. 59. n. 35.*
& debet consignari, quo die insinuaverit, an ipsi dederit, an alii &c.
quid citatus responderit, quæ omnia in Actis consignanda: ut de iis
appareat, *Scacc. l. 1. de judic. c. 48. Gail. lib. 1. observ. 45. num. 7.* & hoc
Actuarius absente judice expedire potest. *Mynsing. c. 6. obs. 10. Scacc. d.*
l. num. 18. Hillig. l. 23. c. 2. lit. T. Sed cum Actuarius nihil ad Acta refer-
re debeat, quam jussu judicis, & præsente judice, praxis difficultate
non caret, *Vide Christ. dec. 162. n. 5. Vol. 5.*

Cre-

38 Creditur autem Relationi nuncii jurati, si de facto proprio referat, nam creditur ipsi, quod executus sit citationem, & quidem eo modo, quo ipsi commissa erat, *Menoch. lib. 2. Arb. qu. casu 112. & lib. 2. præsumpt. 24.* & ita prius requisiverit Reum, *Menoch. præs. 26.* & sic in re non adeo magni momenti, vel præjudicii, *l. 5. §. 13. ff. de Rebus eorum &c. C. Cum parati 19. X. de Appell 18. Farinac. qu. 66. num. 40. Christin. dec. 59. n. 36. Tiraquell. de Retract. Consang. l. 39. §. 8. gl. 9. n. 80. & seq.* non si de commissione judicis vel facto citandi testetur, ut communiter volunt Dd. quia juramentum præstitit circa propria facta. *Gail. lib. 1. obs. 54. n. 5. Mynf. Cent. 6. obs. 10 n. 4. & seqq.* nisi concurrant aliquæ præsumptiones. *Menoch. l. 2. præs. 24. Cævall. quæst. 380. Hillig. d. c. 2. lit. D.*

39 In certis casibus jussu judicis Ordinarii, non delegati, nisi a Principe, *Cævall. qu. 502. & qu. 813.* ipsa persona citanda per ministros judicis apprehenditur, quæ citatio dicitur Realis, & regulariter in criminalibus causis locum habet, non vero in civilibus, nisi 1. Reus sit contumax. *L. Consentaneum. 8. ibi. vel ad cogendum eum. C. quomodo & quando, &c.* Sed quia illius Legis intellectus dubius, ita & hæc sententia dubia, *Vid. not. ad d. l. 8. & ad l. fin. C. de Procur.* nisi 2. sit talis casus, ubi publice expedit vel necesse est, ut persona præsens sit juxta casum *l. fin. C. de Procur.* Tales casus in Matrimonialibus causis in Consistoriis sæpe occurrunt, quæ apprehensio tamen potius in platea, quam citati domo fieri debet *per L. Plerique, ff. de in jus voc. Hipp. Marsil. sing. 22. §. 2.* aut (3.) debitor sit dilapidator vel (4.) forensis, & sic de fuga suspectus, *L. 10. §. 16. ff. quæ in fraud. credit. Carpz. part. 1. Jurispr. Constit. 30. def. 15.* modo fidem ejus non sim secutus. *Carpz. d. const. 30. def. 18. Petr. Pek. de jure sistendi. c. 4. n. 5.* aut (5.) si pacto se ad sequestrationem personæ suæ adstrinxit; *Carpz. d. const. 30. def. 2.* nam talia pacta valida. *Gail. l. 2. obs. 45. n. 3. Koppen. q. 29. n. 5. Carpz. Jurispr. Const. 21. def. 1.*

40 Quædam citationes sub pœna fieri solent, quæ solet augeri in secunda, reservata priori, de quo vid. *Mogunt. Ordin. tit.* Von Citation. §. Und ob einer den ersten/ &c. *& in Brunsw. tit. 25.* §. Und ob einer den ersten/ &c.

Esse-

41 Effectus Citationis numerat *Ummius disp. 5. ad Process. thes. 13. n. 70. 1.* quod litis pendentiam inducat ac præventionem, *Clem. ult. ut lite non contest.* si scil. Citatio juxta requisita superius tradita, rite emanaverit. *Mynſ. Cent. 4. obſ. 26. Gail. lib. 1. obſ. 47. n. 18. Hillig. lib. 17. c. 17. lit. E. Carpz. l. 2. Resp. 46.*

2. Delegati judicis jurisdictionem perpetuat, *C. Gratum. 20. X. de offic. deleg.* etiam in aliis causis separatis, si universaliter ipsi commissæ omnes causæ inter N. & N. non cum omnes commissæ sigillatim & nominatim, ac specifice, ubi poterit aliquas, sc. inchoatas, tractare, alias non, *post Bartol. in l. 6. ff. de Jurisdict. num. 14. Ummius disp. 5. n. 71.*

3. Interrumpit præscriptionem odiosam, i. e. quæ tantum ob negligentiam possessoris inducta, scil. 30. annorum. *L. 3. §. Quæ ergo. L. 7. pr. C. de præscript. 30. annor. Gail. lib. 1. observ. 74. n. 22. Rauchb. part. 2. qu. 28 Berlich. part. 2. concl. 9. n. 23. & seqq.* Quæ quidem sententia receptissima est, quod scil. præscriptio Tricennalis (quam odiosam vocant) citatione interrumpatur. *L. 3. & 7. C. de præscript. triginta annor.* decennalis (quam mixtam) per litis contestationem, *l. 2. & 10. C. de longi tempor. præscript.* triennalis (quam favorabilem dicunt) per sententiam *l. 2. §. fin. ff. pro Empt.* Hoc tamen mutatum *d. l. 2. C. de Annali Exc.* Nam triennalis etiam præscriptio, imo omnis, non tantum citatione & denunciatione judiciali, sed etiam si ea fieri nequeat ob adversarii potentiam, furorem, absentiam, ætatem, etiam extrajudiciali testato facta protestatione & denunciatione interrumpitur: sive sit tricennalis, sive decennalis, sive triennalis. *Hahn. ad Wesenb. de Usuc. in f. Zas. ad eund. Tit. n. 65. Bach. in Treutl. Vol. 2. disp. 22. n. 7. in fin.*

4. Rem actione reali aut mixta universali, non vero personali petitam, litigiosam facit, *Nov. 112. cap. 1. & Authent. Litigios. C. de litigios.* sc. si super re ipsa, non super jure in re controversia sit, quod posterius sit in hypothecaria, Confessoria, & omnibus possessoriis judiciis. *Zas. in L. 1. ff. de Litigios. n. 7. & seqq. Carpz. l. 4. Resp. 10. n. 20.*

5. Actionem Prætoriam annalem perpetuat. *t. t. Cod. Quando libell. Princ. oblat. litis contest. faciat.* Sed hoc non tam citatio efficit, quam libelli oblatio, secundum Rescriptum, in quo judex delegatur. *t. t. C. Quando libell. &c. Christin. Vol. 1. Decis. 72. in fine.*

Denuum

Demum notandum, vitiosam citationem comparitione citati 42 purgari, *L. 1. §. 1. ff. de feriis. Gail. lib. 1. obs. 58. Mynsing. Cent. 1. obs. 18. & Cent. 3. obs. 90.* & quos allegat *Hillig. lib. 23. cap. 2. lit. B.* quia quilibet favori suo renunciare potest, sed hoc, nisi ideo compareat, ut nullitatem citationis deducat. Emanente Actore, citatio habetur pro circumducta, scilicet, ut Actor non possit litis pendentiam allegare: bene tamen Reus, adeo, ut Actori non liceat ad alium judicem trahere Reum, sed in præjudicium Actoris lis habeatur pro pendente. *Cujac. l. 13. obs. 11. Berlich. dec. 1.*

CAPUT IV.
DE
CONTUMACIA.

SUMMARIA.

1. *Quid sit Contumacia.*
2. *Quotuplex.*
3. *Contumacia Actoris, & quæ ejus pœna.*
4. *Contumacia Actoris in secundo termino.*
5. *Jure Civili post litem contestatam in contumaciam pronunciari potest, si liqueat.*
6. *De contumacia Rei & ejus coercitione, & n. seq.*
8. *Coercitio contumacis Rei. & n. seq.*
9. *Pœna dilatio.*
10. *Captura personæ.*
11. *Captura Pignorum.*
12. *Denegatio Audientiæ.*
13. *Missio in bona & n. seq.*
15. *Sententia definitiva ferri potest.*
16. *Excommunicatio.*
17. *Pœna Banni.*
18. *Vt lis pro contestata habeatur.*
19. *Vltimus modus novissimo in Recessu retentus.*
20. *Quid in foro Saxonico.*
21. *Quid in Brussia Regno observetur.*

Contumacia est contemtus jussus Judicis, & erga Judicem com- 1 missa inobedientia, & consistit vel in non veniendo, vel in non respondendo, vel in non agendo, vel in non restituendo.

Contumacia in non veniendo vel est *vera*, vel *præsumpta*. Ve- 2 ra vel *expressa*, ut si quis respondeat, se nolle venire, *vel tacita* quando

i

do quis in faciem citatus non comparuit. *Præsumpta* est, quando de insinuatione nondum plene constat. *Cavall. qu. 266. & quæst. 412. Camill. Borell. p. 1. tit. 46. Confer. Ummius disput. 6. num. 2.* Vere contumacem negat esse illum *Ummius disput. 6. n. 2.* qui citatus respondet, se non venturum, nisi actu emaneat: Præsumpta, si ex facto præsumatur. Alii triplicem faciunt: *Veram, Præsumptam*, & *Fictam*. *Illam*, quando verba & facta consentiunt, vel quando sine licentia abit: *Istam*, quando de Citationis insinuatione & sic de contumacia constat: *Hanc*, quæ fingitur, cum sit incerta Citationis insinuatio *Damboud. Prax. Civ. c. 78. n. 25. & seqq.* Alii dicunt esse triplicem: *Evidentem, Veram & Præsumptam*. *Illa*, ubi citatio personam apprehendit, quæ dicit, se nolle venire. *Ista*, ubi de insinuatione constat. *Hæc*, ubi non constat. *Christ. Decis. 130. n. 6. & seqq. Vol. 1.*

3 Deinde Contumacia est vel *Actoris*, vel *Rei*. Illa rarior, non tamen impunis, sed Actor emanens ante litem contestatam feret hanc pœnam, ut 1. Reus ab instantia absolvatur, Reo Contumaciam Actoris accusante, & absolutionem hanc petente, reservata Actori nova actione. *L. Properandum. 13. §. 2. C. de Judic.* Duplex est Absolutio: 1. Ab instantia. 2. Ab Actione. Hoc modo omnis perimitur Actio. *Illo* tantum instantia perimitur, & Jus agendi reservatur, *Carpz. tit. 8. & artic. 1. num. 9.* Id quod in Camera Spirensi fit proclamato facto, auff beschehenen Ruffen/ tribusque juridicis effluxis. *Ordin. Camer. part. 3. titul. 42. Gail. lib. 1. observ. 59. num. 1.* 2. Ut Actor condemnetur Reo ad restituendas expensas, *d. l. 13. §. 2. ibi: Sed & omnes expensas. Ord. Cam. part. 3. tit. 42. Gail. lib. 1. observ. 59. num. 1. Zanger. de Except. pag. 2. cap. 9. n. 2. & seqq.* quod etiam eo casu existimo dicendum, si Actor desistat ab Actione, & nolit agere, quia in *L. Sancimus. C. de judic.* modus exigendi expensas tantum exprimitur, sed modo negato, res ipsa neganda non est, quæ habetur in *cap. 1. de dol. & contum. lib. 6. Hartm. Pistor. obs. 140. Carpzov. tit. 8. art. 1. num. 37. & seqq.* Nam *in c. 1. de dolo & contum.* initio dicitur: Actorem contumacem Reo venienti in expensas esse condemnandum, & subjungitur, si ulteriorem citationem

petat,

petat, non esse audiendum prius, quam caveat; Ex quo patet, posteriorem casum esse a priori distinctum, & debere ad expensas eum condemnari, licet a lite desistere velit *Carpz. d. l. n. 38.* nam licet actor temerarius, modo non calumniosus semper a lite desistere possit, *Carpz. p. 1. Jurispr. for. Const. 11. def. 9.* intelligendum id tamen salvo jure tertii. Per expensas etiam Advocatorum salaria intelligenda sunt, per *d. L. Sancimus. Carpz. d. art. 1. n. 45. & seqq.* Atque idem in compromisso in judicem, certumque tempus facto, locum habere recte tradit *Carpz. d. art. 1. n. 6. & seqq.* Compromissum autem vocatur etiam illud hodie, quando partes coram judice ordinario in celerem negotii tractationem compromittunt, quo casu solent statim de pœna contumacis, præsertim jactura positionis (bey Verlust der Satz-Schrifft) convenire: Sed si non convenerint, & Actor in primo termino sit contumax, procul dubio ab eo processu compromissi absolvendus Reus cum refusione expensarum. Nam quod in compromisso expresse non convenit, id dijudicandum ex dispositione Juris Communis. Et judex compromissarius, si in eum compromittatur, procedit ut Judex Ordinarius, *Menoch. cons. 406. n. 26.* nisi aliud inter partes placuerit. 3. Actor debet cavere, quod in termino fideliter comparere velit. *d. c. de dol. & contum. l. 6. in fin. Hartm. Pistor. d. obs. 140. Carpzov. d. art. 1. n. 22. & seqq.* Et easdem pœnas incurrit Actor, si vel in secundo vel tertio termino ante litem contestatam emanserit. *d. Ord. Cam. tit. 42. Zang. d. c. 9. n. 5.*

Deinde si Actor in primo termino comparuerit, & libellum 4
exhibuerit, & postea in alio termino emanserit, integrum est Reo, litem negative statum contestari, & petere, ut in causa principali procedatur, si onus probandi in se suscipere velit, ut definitive absolvatur; per *cap. 3. X. de dol. & contum. Ord. Cam. d. tit. 42. §. 2. Zang. d. cap. 9. n. 5. Gail. lib. 1. obs. Mynf. cent. 6. obs. 66. ubi ratio.* v. g. Actor petit fundum, sed eo emanente contumaciter, litem negative contestatur reus, & probat instrumentis fundum esse suum, & sic definitive ab Actore Reus absolvetur, Dominium ei adjudicabitur & perpetuum Actori silentium imponetur. *Conf. Christin. ad Stat. Mechlin. tit. 1. art. 20.*

5 Lite contestata, emanente actore, jure Civili, si de causa liquere judici possit, sententia ferri potest vel pro Reo, vel contra Reum, Actore tamen semper in expensas condemnando. *d. l. 13. §. 2.* Si quas expensas Reus condemnatus se fecisse juraverit, tunc in summam petitam Reus condemnandus quidem est, sed detractis de hac summa expensis, ob contumaciam actoris factis & a Reo juramento confirmatis, *Ummius disp. 6. th. 9.* quod ipsum medium est abbreviandæ litis, ut potius definitiva feratur sententia. *Carpzov. d. art. 1. num. 68. & seqq.*

6 Rei contumacia, ut est frequentior, ita una ex causis præcipuis, quæ protelant Processum, ideoque severe punienda, cum jura contra Reum judicium defugientem male præsumant. *Boer. dec. 24. n. 20. Mascard. concl. 532. n. 59. Barthenius litig. l. 2. c. 13. n. 16.*

7 Ut autem contra contumacem Reum procedi possit, 1. necessaria est Citatio trina, aut una peremptoria, a competente judice facta, & rite insinuata, *L. Contumacia. 53. §. 1. de re judic.* nam si certitudo insinuationis desit, non potest in contumaciam procedi. *Mev. p. 3. dec. 222. & dec. 266.* Trina autem citatio requiritur, nisi sit contumacia vera expressa, & Reus dicat, se nolle venire, ubi una Citatio non peremptoria sufficit, *Zas. in d. l. 53. n. 13.* quod cum distinctione capiendum. Si enim simpliciter dixerit, se nolle venire, quia interpretatio facienda ad exclusionem majoris delicti, expressio refertur ad illum actum, non ad totam causam, & hoc casu adhuc citandus. Si autem dixerit, se nolle venire in ea causa vel nunquam, ulterius non est citandus, *Scaccia. de judic. lib. 1. cap. 88. n. 13. & Hillig. l. 23. c. 2. lit. B. in fine.* maxime si longius absit citandus. *Vant. de nullitat. tit. de nullit. ex defect. Citationis. n. 98.* Idem in summariis causis, Reo ab ipso judice monito, aut studio se occultante, *Zas. d. l. n. 11.* quod limitat *n. 20.* nisi de privatione juris ageretur. Una etiam citatio sufficiet respectu refusiotus expensarum. *Umm. d. disp. 6. n. 2.* 2. Ut dolus adsit, qui ex dictis vel factis apparet, vel præsumitur, excusatur autem per rusticitatem. *L. 2. §. 1. Si quis in jus vocat. Hillig. lib. 23. cap. 10. lit. D. Camill. Borell. part. 1. tit. 46. n. 137.* Rustici quidem regulariter non excusantur, nisi in casibus jure expressis. *Tiraq. in Tract. de pœnis mi-*

tigan-

tigandir. causa 11. in fin. Menoch. l. 2. Arb. Quæst. Cas. 194. n. 5. Sed hic habemus casum expressum, ut & in *L. 7. §. 4. de Jurisd. L. 2. §. 1. Si quis in jus voc. non ierit.* Alias si Patronum contumeliosa Actione vexet, non excusabitur. *l. 2. ff. de in jus voc.* Imo nec in iis casibus excusabitur rusticus sagax. *Tiraq. d. Caus. 11. n. 17. Menoch. d. l. n. 3.* Aliæ etiam causæ reperiuntur, quæ a dolo & contumacia excusant, ut timor etiam minus probabilis in homine meticuloso, v. g. muliere, *Hippolyt. de Marsil. Sing. 377. Conf. Menoch. l. 2. cas. 153.* vel incompetentia judicis notoria. Aliæ etiam causæ a contumacia solent excusare, ut legitima impedimenta, morbi, peregrinationes, locus non tutus, de quo *Mevius p. 3. dec. 282.* Interdictum Superioris, Captivitas, carentia Advocati, Exundatio, vel vis fluminis, bellorum motus, puerperium, graviditas, &c. Quæ causæ habentur in *l. 2. ff. Si quis Cautionibus. Menoch. d. Cas. 153. Webnerus in Obs. Pract. Tit.* Von Ehehafften. *Dambud. Prax. Civil. c. 75. Zang. p. 2. de Exc. c. 9. n. 13. Carpz. Tit. 8. Art. 2. n. 40. & seqq.* Et hæc impedimenta etiam per eos allegari possunt, qui alias Procuratoris munere fungi non possunt, *L. Exigendi. 13. §. fin. C. de Proc.* qui vocatur Excusator aut Exonerator. *Vid. Damhoud. d. c. 75. num. 1. & seqq.* 3. Requiritur, ut Actor contumaciam Rei accusaverit, & eum contumacem declarari petierit. *Auth. Qui semel. & ibi Zas. num. 9. Sichard. num. 3. C. quomodo & quando, &c. d. l. 13. §. 2. de judic. Stacc. cap. 91. num. 15. Gail. lib. 1. obs. 55. num. 7. Borell. d. l. m. 1070. Hillig. d. c. 10. lit. D.* Sed id locum non habet in iis causis, ubi ex officio procedit judex ob publicum forte interesse, præsertim in Criminalibus. Quod etiam contumacia accusanda sit, locum habet, etiamsi in statuto dispositum sit, ut contumax pro confesso habeatur. *Hartm. Pist. part. 1. qu. 3. n. 12.* Sic in foro Saxonico contumax habetur pro Confesso. Primo quidem condemnatur usque ad impedimenta legitima, i. e. donec purgarit contumaciam, & postea iis non probatis, fit condemnatio absoluta. Sed quia citatione & sententia opus, utique accusanda est contumacia. *Col. in Proc. Exec. p. 1. c. 2. n. 17. Hill. l. 23. c. 12. lit. D. circa finem.*

Sunt autem multæ viæ coercendæ Contumaciæ, aliæ Juris Civilis, aliæ Juris Canonici, aliæ Cameralis. 8

9 Jure Civili datur *primo* mulctæ indictio per *l. 2. §. 1. si quis in
jus vocat. &c. Quæ non fisco tantum proprie dicto, sed cuilibet ju-
dici jurisdictionem habenti competit *per tit. ff. si quis Jus dicenti. Pe-
regrin. de Jure Fisc. l. 4. t. 8. n. 29.* & distincta est a mulcta, quæ irro-
gatur ob delictum & lege non est definita, quæ olim fisco adjudicaba-
tur, hodie est fructus jurisdictionis, *Carpz. part. 4. Constitut. 10. def. 9.*
& per hanc æstimatur contemptus, non vero interesse partis, *Wesen-
bec. in ff. d. t. n. 3. Umm. d. disp. 6. n. 32.* quæ mulcta primo sub com-
minatione intimanda, deinde indicenda & fisco applicanda. *Olden-
dorpius class. 1. Act. 2. Umm. disp. 6. n. 32. Borell. d. l. n. 97.* Atque hæc
ex ordinatione judiciorum in secunda citatione solet augeri, reser-
vata tamen priori merita pœna. *Vid. Mogunt. Ordin. tit.* **Von Cita-
tion. §. Und ob einer den ersten/** &c. *Brunswic. tit. 25. §.* **Ob einer den
ersten/** &c. quo casu non sufficit una pœna, uti alias in terminis Juris
10 Communis vult *Carpz. d. tit. 8. art. 5. n. 10.* *Altera* coercitio Contu-
maciæ est captura personæ. *L. 2. C. quom. & quand. judex &c.* *Tertia*
11 captura pignorum, *L. 5. §. 10. de agnosc. liber.* *Quarta* Denegatio au-
dientiæ etiam in aliis causis, *Bargal. de dolo l. 5. cap. 21. n. 17. Borell.*
12 *d. l. n. 100.* Quia etiam in judicem delinquit, & hanc pœnam infligit
judex, licet hæc pœna petita non fuerit, cum non concurrat interesse
13 partis. *Quinta* Missio in bona contumacis *per d. l. 8. C. quomodo &
quando Judex. L. 9. C. de bon. author. jud. possid.* idque ex primo De-
creto, *Ord. Cam. part. 3. tit. 43. Ordin. Colon. §.* **Wie der Ungehorsam.**
Edict. Palat. tit. 6. Brandenb. Elect. Ord. tit. 5. quo Actor in bona con-
tumacis rei custodiendæ tantum causa mittitur pro modo quantita-
tis in litem deductæ, *Auth. Et qui jurat. C. de bon. auth. jud. possid. No-
vell. 34. cap. 4.* vel in possessionem rei petitæ in realibus, *cap. fin. §. In
aliis vero. X. ut lite non contest.* ut tamen fructus Domino omnes, tan-
quam adhuc possessori sint restituendi. *l. 9. §. 6. ff. de reb. auth. judic.
possid. l. 5. §. 21. Ut in possess. leg.* Et hoc primum decretum tollitur, si
Reus veniat & expensas restituat, quæ in omni casu, quando Reus
contumaciam purgat, restituendæ, *Auth. Qui semel. C. quomodo &
quando judex, &c.* & cautionem præstat de lite prosequenda, *d. Auth.*
14 *Et qui jurat. & d. §. In aliis.* Si autem tempore arbitrio judicis defi-
niendo,

niendo, *Menoch. l. 2. A. Q. caf. 6. Scacc. cap. 96. n. 10.* in contumacia Reus perseveraverit, in personalibus actionibus interponitur decretum secundum, *l. 9. C. de bon. author. Jud. possid.* quo Actor novus possessor constituitur. *l. 15. §. 21. de damn. infect. d. l. 9. & d. §. In aliis.* Imo & Dominus constituitur, *l. 15. §. 16. ff. de damn. infect.* ubi tamen hæc contraria videbantur, quod per secundum decretum Dominus constituatur, & tamen incipiat per longum tempus dominium capere: Ideoque *Struv. ad tit. de damn. infect.* distinguit inter dominium Prætorium & Civile. Quamvis autem illa distinctio inter primum & secundum decretum ad materiam damni tantum pertineat, ut recte *Wissenb. ad eund. tit. thes. 14. & seqq.* in foro tamen recepta, licet in plerisque locis sequestratio successerit. *Christ. ad Mechlin. Stat. tit. 1. §. 18. n. 50. Wissenb. disp. 4. th. 16.* cujus secundi decreti vim in realibus actionibus solus anni cursus habet, *cap. pen. de dol. & contum.* ubi tamen cognitio super contumacia & ipso debito necessaria est. *Scacc. l. 1. cap. 26. n. 12. Videatur de primo & secundo Decreto Guido Papa in Tract. Tractatuum, Wesenb. in ff. de damn. infect. Ummius in disp. 6. thes. 4. & seqq.* Quando secundum Decretum interponendum est, tunc quæritur: An plena probatio requiratur? Et videtur communior sententia, requiri plenam, ut tamen suppleri possit per juramentum suppletorium, licet ratione formæ non sit plena, dum fit absente Adversario, *Scacc. l. 1. de jud. qu. 96. n. 12.* Nam ad juramentum suppletorium, non minus absente, quam præsente Adversario, se offerre potest, cum contumaciter absens pro præsente habeatur. *Sextum* Remedium jure Civili est, quod lite contestata con- 15
tumacem Reum possit procedi usque ad definitivam sententiam, si de causa judici liqueat: nam alias tantum in possessionem bonorum mittatur Actor, ut ante litem contestatam. *d. l. 13. §. 2. C. de judic. & ibi Wes. n. 28. c. 4. de dolo & contum. c. ult. §. In aliis. X. ut lite non contest.*

Jure Canonico vera & expressa contumacia etiam excommuni- 16
catione punitur. *cap. 1. 3. & fin. X. ut lite non contest. Borell. d. l. n. 82.*

Jure Camerali introducta est pœna Banni, si modo prius ad au- 17
diendam sententiam banni citetur Reus. *Ord. Cam. part. 3. tit. 43. §. 1. Gail. de P. P. lib. 2. cap. 5. n. 1. & lib. 1. obs. 60. n. 1.* Pœna Banni ab Impera-

pera-

peratore, vel a Camera Spirensi irrogatur ob duplicem causam, 1. fractæ pacis publicæ. 2. Contra contumaces in non veniendo, vel non restituendo, & est judicialis censura, qua alicui aqua vel igne interdicitur, ita ut a nemine in clientelam, fidem, aut amicitiam recipi debeat. Cujus finis est 1. Vindicta obstinatæ contumaciæ. 2. Tuitio Majestatis Imperii, a qua pœna Banni distincta est pœna privationis privilegiorum Imperii, quæ fertur in personas Ecclesiasticas, immediate Imperio subjectas. *Myns. C.5. obs.58.* Et quia sententia Banni est sententia interlocutoria, ideoque si ob contumaciam condemnatus solvat id, quod interest, absolvitur, etiam invita altera parte, a Banno. Secus si ob fractam pacem publicam, ubi consensus partis læsæ requiritur. *Ord. Cam. p. 2. c.18. Conf. de Banno Mar. 4. Tom. 2. ff. Tit. de Banno. Menoch. lib. 2. A. Q. casu. 53. n. 26. & seq. Besold. Thesaur. Pract. voce:* Bann. Wehner. *in obs. voce:* Acht, *Myns. c. 5. obs. 11.*
18 *& 58.* Deinde Jure Camerali alius modus est constitutus, ut possit Actor accusare contumaciam & petere, ut lis in contumaciam habeatur pro negative contestata, & ut admittatur Actor ad probationem articulorum seu fundamenti actionis suæ, prout habetur *d. tit. 43. §. 4.* quæ etiam in *Treurensi Ordin.* §. Wann der Antworter ungehorsam/ &c. *Palatin. Elect. tit. 6. Luneburg. tit. 34. & Francofurt. tit. 15.*
19 Quamvis autem in *d. tit. 43. Ordinationis Cameræ* Actori electio relinquatur, an petendo Bannum, an vero missionem ex primo Decreto, an vero petendo ut lis pro negative contestata habeatur, & ulterius procedatur, in contumaciam procedere velit, novissimo tamen Recessu Imperii viæ priores abolitæ & sola ultima retenta, §. Würde hierauff nun der citirte 36. &c. Et sic contumax, quia habetur pro eo, ac si litem contestatus esset, feret hanc pœnam, quod præscriptio longi temporis per eam videatur interrupta, *L. 2. C. ubi in rem actio Borell. d. l. n. 40.* & lis etiam in heredem transeat, *argum. l. 2. C. de annal. except. Borell. d. l. n. 146.*

20 Quamvis autem contumax jure Civili non condemnetur in causa principali, ob solam Contumaciam (nam licet in *L. Contumacia. 53. de Re judicata* dicatur, Contumaciam litis damno coerceri, id tamen eatenus tantum intelligitur, quod beneficium appellatio-

nis

nis non habeat. *l. 3. §. ult. & l. 75. de Judic. Don. l. 22. cap. 6. lit. H. & l. 28. cap. 3. lit. E. & F.*) tamen in foro Saxonico potissima est pœna causæ amissio, ita, ut prius condemnetur, petente Actore, Reus ad legitima impedimenta biß auff Ehehafften / postea iterum citetur ad deducenda impedimenta, & si in contumacia pergat, in executionem condemnatur in die Hülffe / de quo Processu Dd. Saxonici passim & præsertim *Carpz. d. tit. 8. art. 3.* quandoque tamen mitius ibidem agitur cum Reo & ad expensas tantum condemnatur Reus, de quibus casibus agit *Carpz. d. tit. 8. art. 4.* Atque similem Processum in Prussia Electorali observari testatur Jus Provinciale, sub nomine Serenissimi Elect. Brandenb. DOMINI JOHANNIS SIGISMUNDI editum *lib. 1. tit. 16. §. 5.* Et hic Processus priori Camerali in eo videtur utilior, dum Actorem releyat ab onere probandi, &c. Hactenus de contumacia in non veniendo: Contumacia in non respondendo coercetur hac pœna, ut respondere nolens pro confesso habeatur. *l. 11. §. 4. ff. de Interrog. & ibi notata*, quæ pœna ab Actore peti debet. *Mev. p. 3. dec. 390.* Contumacia in non restituendo coercetur juramento in litem, de quo alibi.

CAPUT V.
DE
LIBELLO.

SUMMARIA.

1. *Quid & quotuplex Libellus.*
2. *Hodie tantum simplex.*
3. *Ubi libellus necessarius.*
4. *Libellus in duplo offerendus impensis Actoris.*
5. *Una cum citatione transmittendus.*
6. *Partes Libelli.*
7. *Libellus debet esse Actioni conformis.*
8. *Genus actionis non est necessario exprimendum.*
9. *Ineptus Libellus ex officio rejiciendus.*
10. *Defectus partis Libelli.*
11. *Inepta Conclusio.*
12. *Cumulationes Actionum contrariarum*
13. *An inepta Conclusio totum Processum reddat irritum.*
14. *Omnes lites de ineptitudine Libelli possunt per Statutum præcidi.*
15. *De Clausulis Libelli.*
16. *De Clausulis in Conclusione.*
17. *De Emendatione Libelli.*

 Libel-

1 Libellus est brevis conceptio futuræ litis speciem in judicio proponens, *Obrecht. de libell c.1.* quod improprie de intentione Actoris oretenus prolata usurpatur, & dividitur Libellus in simplicem & articulatum. *Ille* & absolutus dicitur, & causam summatim
2 & uno orationis contextu complectitur: *Hic* vero singulis articulis singulas causæ circumstantias describit. *Obrecht. de libell. cap. 2. num. Ille* solus in Saxonico foro obtinet, articulato rejecto. *Berlich. part. 1. conclus. 12. n. 3. Constit. Aug. 2. part. 1. Hic* vero solus in Camera Spirensi antehac receptus. In aliis judiciis uterque admittitur pro lubitu Actoris. Quamvis autem dubium sit, annon libelli articulati usus lites faciat longiores, ut vult *Vigel. lib. 3. Institut. for. cap. 1.* quod tamen videtur negare *Parthen. litig. l. 2. c. 13. n. 18.* obtinuit tamen illa sententia in nupero Recessu Imperii Ratisb. §. Daß der bißhero in mehr Wege mißbrauchte modus zu articuliren/ und ad articulos zu respondiren/ sammt allen denen nach sich gezogenen Terminen und Anhangen/ &c. hinführo gäntzlich cassiret, &c. und ein jeder sein Libell nicht articulo, sondern summarischer Weise/ darinnen das factum kurtz und nervose, jedoch deutlich und distincte klar/ &c. procul dubio, quia per articulatum libellum sæpius intricatur negotium, quam extricatur, ut difficilius perspici queat, quis totius quæstionis status, quæ accessoria. *Ex Vigelio Hillig. in Donell. lib. 23. cap. 4. lit. C. pag. 1048. Jacob. Schult. observ. 4. & Carpz. part. 1. Jurisprud. Const. 2. def. 1.* Ideoque AUGUSTUS Elector Saxon. eum *d. Constit.* sustulit. Et libellandi ratio hæc articulata etiam in Ducali Prussia ab Electore Brandenb. in totum prohibita *lib. 1. Const. tit. 12. art. 4.*

3 Requiritur autem scriptus libellus in omnibus causis ordinariis *Auth. Offeratur. C. de litis contest. cap. 1. de libell. oblat.* Sed in causis summariis non est necessarius, *Clement. Sæpe. de V. S.* nec in Episcopali audientia, *Nov. 83. pr.* nec in Consistorio Principis vel causis levioribus, *Nov. 17. cap. 13.* nec in causis executionum, *L. 3. C. de fructib. & lit. expens. Specul. l. 4. part. 1. §. Nunc dicendum. Vinnius disp. 6. thes. 10. Obrecht. cap. 6. n. 5. & seqq. Borell. tit. 44. n. 33. & 106. Calvolus in sua praxi tit. libell. concl. 4. Hill. l. 23. cap. 4. lit. B.*

Præ-

Præstat autem libellum, ut & omnia producta in duplo offerre, 4
ut alterum exemplum in judicio retineri, alterum Reo transmitti possit, qua ratione & temporis & expensarum fit compendium, *Obrecht. cap. 4. n. 5. Schwanmann. de Proc. Cam. l. 2. cap. 41. n. 2.* ut etiam in Ordin. Judic. Brandenb. in Franconia *art. 5.* & Pomeran. *tit.* Vom Kläger. diserte cavetur. Alias edendus est libellus Actoris sumptibus. *Borell. tit. 49. n. 105. Maranta part. 6. membr. 3. n. 2. Hill. l. 23. cap. 4. lit. B.* In 5
Camera Spirensi una cum citatione transmittitur Reo, ut hic deliberare possit, an cedere, an vero litem contestare utilius judicet, ne inducias deliberatorias novas concedi oporteat, utque ita lis pendens fiat, & postea nihil a citato innovari queat & innovatum ante omnia retractetur. *Gail. 1. obs. 51. n. 1. & 3.* & quos citat *Hill. l. 23. cap. 3. lit. A.*

Necessario autem in libello exprimenda 1. nomen Judicis. 6
2. Actoris, sive id in prima, sive in tertia persona exprimatur. 3. Rei, & si plures Rei, in specie singuli nominandi, si ut contra singulos agatur, vel universe, si contra universos. 4. Causa petendi, vel jus ex quo agitur, in Majori exprimi solet, & quidem in actione personali sufficit ponere causam remotam, scil. contractum, vel delictum, *c. fin. de libell. oblat.* in realibus causam proximam, scil. Dominium, non titulum, de quo *Gail. lib. 1. obs. 61.* nam si in actione reali causa remota ponatur, potest eadem res ex alia causa peti, non obstante exceptione rei judicatæ, *l. 11. §. 1. ff. de Except. rei judic.* ubi vero nulla causa in libello in specie expressa, omne jus deductum videtur. Sed in personalibus si agam ex alia causa indistincte non nocet authoritas rei judicatæ. *Obrecht. de libello. c. 11. n. 68.* Sic in reali actione si titulum non allegaverim, titulus superveniens ei prodest. *C. Abbate de sent. & re jud. in 6.* Aliud vero, si certa causa expressa. *Obrecht. d. c. n. 70.* 5. Narratio facti (quæ est Minor) quæ debet esse brevis, dilucida, ordinata cum omnibus necessariis circumstantiis facti, præsertim circumstantiæ temporis (dies & annus) & loci, & personarum diligenter exprimendæ in libello Criminali, *L. 3. ff. de Accusat.* aut Civili famoso, *Alex. in L. Edita. 3. num. 13. C. de Edend.* quia Reus Negativam loco ac tempore coarctatam aliter probare & se defendere nequit, *Gail. lib. 1. obs. 64. n. 3.* & licet omissio diei & horæ

 libel-

libellum non vitiet, denotanda tamen dies est, petente Reo, ad sui defensionem. *Gail. d. obs. 64. n. 12. Padilla ad L. 4. C. de divers. Rescr. n. 17. & plures apud Carpz. l. 2. Resp. 56. n. 17.* 6. Conclusio, in qua tota vis libelli consistit, & cujus omissione vel ineptitudine totus vitiatur libellus. *Gail. l. 1. observ. 61. n. 13.* Et de his partibus substantialibus videantur plura apud *Hillig. l. 23. cap. 4. liter. D. Obrecht. d. Tr. cap. 11. & aliis.* Quamvis in Criminalibus, in Ecclesiasticis, & in causis, quæ in Consistorio Principis ventilantur, & summariis, conclusionem omitti posse, putent communiter Dd. *Borell. tit. 49. n. 4. & seq. Ummius d. disp. 6. n. 52. Hillig. lib. 23. cap. 4. lit. D.* Utile est, ut qui alieno nomine agit, ut Tutor simul Tutorium exhibeat, quamvis id etiam in primo termino fieri possit. Contra plures autem ut singulos vel in specie agitur quando communis causa est, & tunc omnium nomina exprimenda, non in genere sub voce
7 Consortum. *Obrecht. de libell. cap. 11. n. 9.* Universe contra plures agitur, quando contra plures, ut contra universitatem agitur, & tunc Præfectorum nomen exprimere sufficit. *Obrecht. d. l. num. 20.* 7. Conclusio in actione universali, universalis esse potest. Ut autem id intelligatur, notandum, quod Judicium vel *universale* sit, vel *generale*, vel *particulare*. Judicium *universale* est quadruplex. 1. Petitio hereditatis cum vel sine querela, Actio familiæ herciscundæ, Actio ex testamento, & Actio Empti ad Hereditatem. Ab universali vero distat judicium generale, in quo genus, quod sub se plures species continet, petitur, ut in Actione pro Socio, Negotiorum gestorum, Tutelæ, & nec in hoc judicio res specialiter exprimendæ, ut nec in speciali judicio, quo res sub collectivo nomine petuntur. Ergo conclusio debet esse in judicio generali generalis, in speciali vero debet esse specialis, ut in specie id, quod petitur, diserte & sine ambiguitate exprimatur, *L. 6. ff. de R. V. l. 19. de furt. Vid. Hillig. l. 23. lit. E.* quamvis prudentis Advocati sit, in ipso libello, quo hereditas petitur, statim specifice designare res hereditarias, ne finito hoc judicio, cogatur peculiari Processu Actor, quantitatem bonorum hereditariorum liquidare, *Gail. l. 1. obs. 68. n. 1. Thomas Merckelb. inter consil. Klockii Vol. 2. cons. 57. n. 22. & seq.* nam alias diversis

in

in Processibus hæc expediuntur, *Achilles Person. de petit. hered. n. 555.* Interdum in speciali judicio non potest quid certi peti, ut si ad restitutionem damni agatur. *Mev. n. 5. dec. 40.* Idem, quando de re, quæ, qualis & quanta sit, sine cognitione judicis constare nequit. Conf. Zasius ad §. *Curare. in f. de Act. n. 12. & seq.*

Genus Actionis, quamvis nonnulli exprimendum esse putent 8 eaque ratione Processum fore expeditiorem, id tamen vix sperandum, quin verendum, ne expressio Actionis litibus inanibus fomitem suppeditatura sit, merito igitur standum Juri communi, expressionem eam necessariam non esse, sed sufficere, si ex conclusione ea sumi possit *per c. 6. X. de judic. Gail. d. obs. 61. n. 1.* etiamsi ex facto plures actiones elici possint, quia sufficit genus Actionis ex conclusione sumi posse. *Carpz. de Process. tit. 6. art. 1. num. 10. seqq. Conf. Bachov. ad Tr. disp. 4. th. 10. lit. C. Ummius d. l. n. 51. sub fin.* Circumstantiæ facti, quæ non sunt necessariæ, nec utiles, non sunt exprimendæ, ne non necessariis probationibus onerent, & Adversario divagandi occasionem præbeant. *Obrecht. d. l. n. 37.* Quicunque 9 igitur libellus necessariis requisitis destituitur, vel non recte concludit, vel non cumulanda cumulat, ineptus libellus dicitur, ex officio a judice rejiciendus, de quo *Carpz. de Process. d. art. 1. n. 29. & seqq.* & plures citans idem *L. 2. Resp. 53. n. 1.*

Primum fit, ubi pars necessaria deest, v. g. si nulla causa profe- 10 ratur, aut inepta vel generalis nimis & indiscreta; ideoque optimum est, adstringere partes, ut libellum ab Advocato concipi procurent. *Hillig. l. 23. c. 4. lit I.*

Secundum vitium potest contingere variis modis, v. g. si non re- 11 cte concludat, si alternative petatur, cum conclusionem libelli oporteat esse certam, §. *Curare. Inst. de act.* quod tamen exceptionem patitur. 1. Si lex ipsa electionem reo concedat, ut adeo Actor certum quid petere nequeat, sine periculo plus petitionis, ut in actione noxali & in Practica *Legis 2. C. de rescind. vendit.* & actione Hypothecaria: aut 2. Reus ex contractu & pacto habeat electionem, *Carpzov. part. 1. Const. 2. def. 7.* aut 3. Factum Adversarii sit incertum, v. g. an hereditatem adierit, *Obrecht. de libell. cap. 17. n. 41. & seq.* aut 4. plures

 rei

rei conveniendi. *Hartm. Pist. part. 1. qu. 37. n. 46. Borell. d. tit. n. 78. & Carpz. l. 2. Resp. 109. & in Process. d. tit. 6. art. 1. n. 39. & seqq. Gail. l. 1. observ. 162. Mynsing. Cent. 2. observ. 41. & Cent. 4. observ. 12. Berlich. part. 1. C. 12. n. 24.*

12 Tertium fit, quando cumulantur Actiones contrariæ aut quarum una alteri præjudicialis est, vel si plures Actiones ex eadem causa vel facto oriundæ, electione tollantur, quod pluribus explicat *Carpz. de Process. d. art. 1. n. 8. & seqq. & l. 2. Resp. 53. Zang. de Except. p. 2. c. 19. Donell. & quos ibi citat. Hillig. l. 21. c. 3.* aliique plurimi, quæ excutere nostri instituti non est. Notandum tamen in dubio cumulationem actionum, cum faciat ad lites abbreviandas, admitti debere, nisi expresse reperiatur prohibita. *Menoch. præsumpt. 16. n. fin. Carpz. l. 2. Resp. 53. num. 13.*

13 Hic autem quæritur, si conclusio sit inepta, v. g. si alternative petendum, ut a contractu abeatur, vel, ut quod pretio deest, addatur, an propterea sententia non tantum, sed & ipse Processus sit nullus, si in conclusione sit simplex petitio? Et hoc affirmatur *in c. 3. X. de empt. & ibi Panorm.* Sed hoc procul dubio constitutum ad lites faciendas immortales: nam agendi modus is, licet vitiosus esset, nihil tamen Reo adimit, cui nihilominus electio salva manet. Satis enim fuerit factum apte narrare, ex quo jus elicitur, cujus veritas ex verbis agentium non mutatur. *L. Sicut. C. ad L. Cornel. de fals.* nec enim ad Actorem spectat forma sententiæ, cum in judicio judex & agens diversæ personæ sint, sunt verba Pinelli *ad L. 2. C. de rescind. vendit. part. 3. c. 3. n. 9.* ideoque *Gail. l. 1. obs. 64. n. 3.* dicit, Acta probatoria non vitiari, scilicet attestata & confessionem rei, sed ordinatoria judicii. Sed ut controversiæ illæ præparatoriæ de ineptitudine libelli, quæ aliquamdiu litem principalem remorari solent, tollerentur, utile esset partibus injungere, ut semper libello subjicere teneantur clausulas salutares, de quibus postea, quod expresse habetur *in Ord. Pom. d. tit.* Vom Kläger aut exceptiones de inepto libello plane possent tolli ex sequentibus Doctorum Hypothesibus. Nam I. in Summariis causis non obest libelli ineptitudo, sed sententia lata valet super inepto, modo, quid Actor velit, constet, *Maranta p. 4. dist. 19. num. 14.*

Stacc.

Stacc. de Judic. l. 2. cap. 50. n. 16. & quos alleg. Hillig. d. l. 23. cap. 4. lit.
I. Ergo si per Statutum disponi potest, ut in omnibus causis summa- 14
rie procedatur, ut supra traditum: Etiam statuto caveri potest, ut li-
belli ineptitudo non curetur, modo intentio Actoris constet, quod
si non constet, in hunc finem receptæ sunt in judiciis interrogationes,
de quibus alibi. 2. Id ex eo etiam evincitur, quod, quando lis coram
Principe ventilatur, non attendi dicant ineptitudinem libelli, nec
conclusionem, sed causam, & has ambages insuper haberi, *Mynſ. Cent.
4. obſ. 5. & Hillig. d. l.* eum conclusio etiam omitti possit in Consisto-
rio Principis, ergo nec inepta adjecta vitiat, *arg. l. 1. §. 1. C. de Rei uxor.
act. Obrecht. cap. 11. n. 30. Hillig. d. c. 4. lit. D. p. 1056.* 3. Doctores una-
nimiter docent, ineptitudinem & omnia vitia libelli sanari per clau-
sulas salutares: *Peto mihi Jus & Justitiam administrari, vel Imploro
officium Judicis nobile.* Item: *Peto Prædicta omni meliori modo*,
cujus clausulæ virtute omnis Actio omneque remedium competens,
& ex narratis resultans in judicium videtur deductum *per allegata
Carpz. d. tit. 6. art. 2. n. 1. Gail. l. 1. obſ. 61. n. 22. Guido Papæ dec. 263. Mev.
p. 3. dec. 35. Hillig. d. c. 4. lit. D.* ubi dicit, his positis frustraneam esse
omnem de inepto libello, de conclusionis necessitate doctrinam,
quandoquidem nullus tam jejunus sit Practicus, qui has clausulas non
calleat. Si ergo omittantur istæ clausulæ, certum erit, non culpa
Actoris, sed negligentia Advocati hoc factum, quam Actorem luere
forte iniquum erit. 4. Si vero plane ineptus sit, ut, quid velit, non pos-
sit constare, eadem manente Instantia, potest emendari, mutari et-
iam post litem contestatam juxta veriorem sententiam. 5. Hoc eli-
citur ex doctrinis Dd. quibus docent, si intentio Actoris utcunque
percipi queat, sustinendum esse libellum, & hoc fine verba impro-
prianda. Si verba ambigua, ambiguitate juris, in Actoris favorem
verba esse explicanda. *L. Si quis intentione. 66. de judic. Gail. l. 1. obſ. 6.
n. 10. & obſ. 66. n. 7. Mynſ. cent. 4. obſ. 5.* Nam quando ambigua est ora-
tio Actoris in libello, standum est ejus interpretationi, *L. Si quis In-
tentione. 66. ff. de Judiciis. Donell. & ibi Hillig. l. 26. cap. 4. lit. C. Rubeus
in Rep. L. Naturaliter. §. Nihil commune. n. 256. de Acquir. Possess. Soci-
nus cap. 16. n. 16. seqq.* & ideo præsumitur ea actio in dubio mota, quæ
actori

actori utilior. *Mev. p.3. dec. 207.* Idem in libello Exceptionis. *Zasius ad d. l. 66.* Si ambiguitate facti, ipsius declarationem admittendam, judicem ex officio vitia libelli supplere, & eam actionem ex deductis elicere posse, quæ melius facto congruit, & salvandum esse libellum, si præsumptive, & tantum ex parte apte concludat, & similia, quæ congerit *Obrecht. cap. 18. n. 4. & seqq. & partim Carpzov. de Process. tit. 6. art. 2. n. 1. & 9.* quibus stantibus vix locus inepti libelli exceptioni relinquitur, nisi talis ineptitudo fingatur & contrarietas, quæ in hominem sana mente præditum, vix cadat, & centum annis vix contingat, cum tamen hæc libelli exceptio in judicio sit creberrima, & remoram judiciis injiciat. Imo etiam sine istis clausulis, si inepte quid petatur, judici integrum est interloquendo partes deducere ad istam viam sibi persequendi, prout narratis id congruum repererit. *L. un. C. ut quæ desunt Advocatis, &c. Mev. p.3. dec. 351. n. 5.*

15 Addi solent & aliæ clausulæ, ut *quod Actor nolit consentire in judicem, nisi quatenus jure teneatur, quod nolit Actor se adstringere ad probationes non necessarias.* Item: *quod sibi reservet arbitrium desistendi a probatione, reoque jusjurandum deferre*, cujus usus potius in jure Saxon. *quod non in modum solennis libelli, sed simplicis facti narrationis ac qualiscunque petitionis hoc proponat.* Item: *Se nihil convitiandi animo dicturum*, quæ apponi solent in prooemio, de quarum vi & effectu, pluribus aliis citatis, agit *Hilliger. d. l. 23. cap. 4. lit. D. pag. 1050. & seqq. & Dd. mox citandi.* Clausulæ primæ utilitas est, ut si Judex non sit competens, quod tunc velit sibi Reus reservare pœnam, *l. 5. C. de jurisd.* & nolit Judicis incompetentis jurisdictionem prorogare. Hanc vero in Camera parum attendi, vult *Menoch. in part. 4. c. 8. num. 1.* Altera vero nullius est utilitatis. Licet enim Dd. putent, Actorem teneri ad omnes circumstantias in libello propositas probandas, licet parum, aut nihil ad statum Quæstionis pertineat, idque probent ex *l. 13. ff. de Inst. Act.* falsa tamen hæc assertio. Nam quid probandum sit, Judex decernet, *l. 3. §. ff. de Testibus.* & falsa est assertio, Actorem, si minimam circumstantiam non probet, causa cadere. Nec *in d. l.* id dicitur: sed de circumstantia ad Actionem proponendam necessaria agitur.

Aliæ

Aliæ autem clausulæ conclusioni adjunguntur, ut, quod pertinentiarum, fructuum etiam fiat mentio, & æstimationis fructuum, his non extantibus, & petatur præstatio damnorum ac Interesse præteriti & futuri temporis, atque expensarum litis, & quod deductum velit in judicium omne jus sibi competiturum, si forte pendente lite sibi novum jus superveniret. Item, quod petat condemnari Reum juxta formam Juris, Statutorum & consvetudinum, & legitimis remediis eum compelli, quorum omnium petat cognitionem summariam; item omni meliori modo se hæc petere & officium judicis implorare, de quarum vi & effectu *Obrecht. d. c. 16. per tot. Umm. disp. 6. th. 12. Hellig. d. l. pag. 1056. & seq. Speckhan. cl. 1. p. 67. Schneidew. in §. Omnium. Inst. de Act. n. 120 & seq.* Qui vult juramentum judiciale deferre, potest omni tempore id deferre, Jure Civili, etiamsi testes produxerit. *l. 11. princ. C. de Jurej.* Sed Jure Saxonico ante litem contestatam debet protestari, nisi post litem contestatam quæstio emergat, super qua juramentum vult deferre, & Reus post litem contestatam Actori deferre potest. *Carpz. part. 1. C. 12. d. 1. & l. 3. Resp. 40. Struv. Exerc. 17. th. 32.* 16

Formulas libellorum petere quis potest ex *Tractatu Roffredi de libellis & Oldendorpii Progymnasmatibus.*

De Emendatione libelli & mutatione hæc docet communis Schola: *Emendari* libellum, quando corrigitur, retenta priori actione; *Mutari*, si ipsa actio & ratio conclusionis corrigatur; utrunque licere ante litem contestatam, non vero post litem contestatam, nisi libellus tantum declaretur, aut summæ aliquid detrahatur, aut accessoria petantur, aut in judicio universali res specifice denominentur, qua de re *Dd. ad L. Edita. 3. C. de Edendo. Carpzov. d. art. 2. n. 14 Gomez. Tom. 3. resol. cap. 11. n. 8. Don. l. 23. cap. 5. Umm. disp. 6. th. 16. Carpz. p. 1. Const. 11. Obrecht. de libell. c. 20.* Sed quamvis hæc sententia communiter recepta, in puncto tamen juris verius est, post litem contestatam id licere, si id judici æquum videatur, & Reo refundantur expensæ, deturque spatium deliberandi, ut *per d. L. 3. & §. Si minus. 34. Inst. de Act.* tradunt *Wesenb. in d. §. Bach. disp. 2. de Act. th. 44. Obrecht d. c. 30. n. 39. & seq. Umm. d. th. n. 77.* eaque sententia, quia abbreviandæ liti conducit, in Ordinationibus judiciorum utiliter approbatur, &c. 17

CAPUT VI.
DE
DILATIONIBUS ET FERIIS.

SUMMARIA.

1. *Triplex Dilatio.*
2. *Alia Divisio.*
3. *Multiplicatio Dilationum, & n. 13.*
4. *Dilationes amputanda.*
5. *Quot dies complectatur dilatio.*
6. *Quid sit dilatio deliberatoria.*
7. *Exceptoria Dilatio quomodo hodie detur, & seq.*
9. *De Dilatione probatoria, & n. 10.*
11. *De falsa causa impetrata Dilationis.*
12. *Prorogatio quarta Dilationis.*
14. *Explicatio l. 1. C. h. t.*
15. *Dispositio Recessus Imperii de Anno 1654. & n. seq.*
17. *Tempus Dilationum continuum.*
18. *An Dilationem mutatio licita.*
19. *Dilatio utrique parti communis.*
20. *Cessat currere interdum dilat.*
21. *De Feriis.*
22. *Citatio an die feriato fieri possit.*
23. *Messium Feriae omnibus communes.*
24. *Nundinarum privilegia quomodo limitanda.*
25. *Feriae in Camera remissive.*
26. *Feria duplicis Calendarii.*

1 DIlationem faciunt triplicem. 1. Legalem, de qua post. 2. Judicialem, quam judex concedit. 3. Conventionalem, quam partes sibi mutuo concedunt, etiam in judicio, præsertim in compromissis, *Ummius ad Process. disp. 7. num. 3. Gilhausen. de Arbore judic. c. 5. ram. 7. n. 7.* & in moratoriis indultis, quæ a creditoribus dantur. *l. 8. & 10. ff. de pact.*

2 Ratione Objecti alia datur ad Actum judicialem, de quo hic: alia ad extrajudicialem. Illa est vel 1. Citatoria, quæ citato datur, ut intra certum tempus compareat; vel 2. Deliberatoria, quæ exhibito libello datur citatis *ex Novell. 53. cap. 3.* quæ est 20. dierum, *vid. Auth. Offeratur. C. de Litis contest.* vel 3. Vocatoria vel ferialis. vel 4. Recusatoria, sive Negatoria seu allegatoria, sive Exceptoria quæ datur Reo ad exceptiones proferendas. 5. Alia Litigatoria, quæ ob litem contestandam datur. Alia 6. Præparatoria, melius Probatoria. 7. Allegatoria, quæ datur ad allegandum super facto pro-

probato, de qua in *Auth. Jubemus. C. de judic.* 8. Definitoria, quam assignat judex partibus ad audiendum sententiam. 9. Judicatoria ad expediendam solutionem, de quibus speciebus *Vid. Ummius d. l. n. 4. & Gilhaus. d. l.* Sed longe plures introduxit dilationum 3 species negligentia Advocatorum, & crudelis judicum litibus delectantium clementia, dum dilationes ad replicandum, duplicandum, triplicandum, aliosque actus judiciales petuntur ex levissimis plerumque causis, quas tam multas, tamque supervacuas litigatoribus passim dari moris est, quorum spatia & intervalla, quo longiora sunt, eo magis negliguntur, nec prius curantur, quam temporis angustiæ premere incipiunt, quæ proinde, si premerent *acrius, diligentiam quoque litigatorum citius excitarent*, sunt verba *Antonii Fabri lib. 9. Cod. tit. 22. pag. 152.* quæ reperit *Parthenius litigiosus l. 1. cap. 16. n. 9.* Quantum igitur fieri potest, amputanda est omnium 4 dilationum materia. *l. 2. pr. C. de Appellat.* cum nec probatoria dilatio olim amplius, quam semel data, aut ad summum bis, idque ex magna causa. *L. 7. & ultim. ff. de dilat. L. 1. & 4. C. de dilat. Parthenius litig. l. 2. cap. 14. n. 31.* Cum autem longiores dilationes propter longiora producta communiter petantur, prohibendæ erant Jurium disputationes, exceptiones contra responsiones, deductiones probationum, exceptiones contra personas, maxime contra dicta testium, & similia. *Parthen. litig. d. lib. 2. c. 14. n. 32.* Ex Recessu Imperii novissimo citatoria, deliberatoria, exceptoria & litigatoria conveniunt, & per unam dilationem expediuntur, quamvis hoc tamen verum sit, ob gravem causam judicem interdum ex officio dilationem non petitam dare posse *Carpz. l. 3. Resp. 33. n. 15. Mev. p. 2. dec. 369.*

Jure Civili omnis citatoria dilatio 10. & peremptoria 30. dies 5 complectitur. *L. 68. de judic. Nov. 112. cap. 3* de quo tamen merito dubitat *Umm. d. l. n. 5.* Sed quia id communi calculo receptum, vix hoc everti poterit, quamvis in causis levioribus & summariis brevior terminus dari soleat.

Dilatio Deliberatoria dari debet Reo in jus vocato post libelli 6 dationem, ut deliberaret, an cedere, vel contendere velit, & ut in

termino, si cedere nolit, respondere teneatur libello per *Novell. 53. cap. 3. Ummius d. disp. num. 8.* Sed si cum citatione libellus simul transmittatur, (ut hodie in Camera per Recessum nuperrimum) hæc dilatio non est necessaria, sed per dilationem Citatoriam absorbetur. *arg. L. 1. in fin. de act. empt. c. 2. X. de dilat. Speculat. de dilat. §. 1. n. 18. Gail. l. 1. obs. 51. n. 4. Ummius d. l. n. 7.* In criminalibus non dabitur dilatio hæc, *Scacc. l. 2. c. 4. n. 12.* Scilicet ad respondendum, quia de proprio facto notabili, cujus oblivio non creditur, interrogatur, & ne reus præmeditetur, quid respondere velit, ut mendacia mendacus cohæreant, nec obstat, quod forte nonnulla personæ accusatoris opponere possit, nam, præterquam quod hodie rarus sit accusatorius processus, etiam reus porest respondere cum illa clausula: *quatenus de jure tenetur*; & quis sit accusaturus facile scire potuit, & Magistratus succederet Accusatori repulso. *Ummius* vero *d. l.* dilationem deliberatoriam & exceptoriam confundere videtur.

7 De Feriali dilatione dicitur in tit. de Feriis.

8 Exceptoria & Ligatoria hodie distincte dari non solet, postquam in judiciis bene constitutis & in ipsa etiam Camera in citatione terminus ad opponendas omnes exceptiones dilatorias & eventualem litis contestationem, ut & ad omnes exceptiones peremptorias simul & semel sub pœna præclusi proferendas assignatur; & si probatoria simul transmissa, in eodem termino respondere ad ea tenetur Reus, *Recess. Imper. de Anno 1645.* §. Es soll auch hinführo. 37. &c. quæ saluberrima Constitutio ad præcidendas tot ac tam varias dilationes introducta, merito inferioribus judiciis imitanda est. *arg. §. ult. Inst. de satisdat.* Temperatur tamen *ibid.* hoc, ut, quando causa ita ardua & prolixa, ut Reo præsertim in probabili ignorantia versanti, ut heredi, tutori, litem contestari & exceptiones suas, peremptorias præsertim, opponere ob impedimenta varia ac defectum Instrumentorum, ignorantiam probabilem &c. impossibile foret, prorogatio termini hujus peti possit, ita tamen, ut causas prorogationis, volente id judice, juramento confirmare teneatur. §. Wäre es dann / &c. *de Recess. de Anno. 1654.*

Sequi-

d by Go

Sequitur igitur Probatoria, quæ propter probationem, sive 9
ante, sive post litem contestatam conceditur, & requirit causam necessariam ac urgentem, *l.1. C. h.t.* cujus exceptiones vide in *Ummio. d. disp.7. num.11.* Scilicet tunc nulla dilatio datur Actori, quando ipse imparatus venit, nam tunc circumducenda citatio, actore in expensas condemnando. *L.2. C. h.t.* Idem si dilatio excedat tempus instantiæ. *l.6. C. de Tempor. Rest.* Et quidem in causa civili semel danda dilatio, *d. L. in fin.* in causa criminali sæpius, scil. tres Reo, (Excipitur tamen causa Adulterii, nisi ob personas exhibendas id fiat, & causæ gravitas hoc exposcat, *L. in crimine. 41. ff. ad Leg. Jul. de Adult.* de quo tamen vide Clarum *§. fin. q. 148. n.3. Ant. Matth. ad l. 48. ff. tit.13. c. ult. in fine & Bach. in Tr. v.1. n.5. §. ult.* Item crimen fractæ pacis publicæ, quod summarie tractandum, *Ord. Cam p.3. tit.3. Reiger. in Process. Disp.4. th.13. Donell. ad. L. Transigere. 18. n.7. C. de Transact. Franckius ad Tit. de feriis num.39.*) quæ Accusatori per *L. ult. ff. de dilat. illud* humanitatis intuitu; *hoc* publica utilitate flagitante. *Donell. lib.24. cap.6. Umm. d. l. num 13. in fin.* Omnis autem dilatio in Civilibus, quia semel tantum dari debet, & quidem non sine causæ cognitione, *L.1. C. de dilat.* & judice pro tribunali sedente, nec de plano causam cognoscente, *L.4. C. h. t.* (id quod hodie fieri potest, si partes, vel earum procuratores in loco judicii præsentes sint, alias vero probatio impedimenti per documentum judicii missum fieri solet, vel juramentum, *vid. Mynsinger. c.1. obser. 71. & Christin. ad stat. Mediolan. t.2. art. 28. num.19.* quamvis (male tamen) judices nudæ allegationi impedimenti cedere soleant; in prima tamen dilatione levior causæ cognitio requiritur, gravior in subsequentibus, *Carpzov. de Process. tit.13. art. 1. n.168. & seqq.*) peremptoria semper est, etsi in adsignatione non adjectum verbum *peremptorie, Gail. lib. 1. observ.91. num.2. Scacc. de judic. lib. 2. cap.3. n.21. & Hillig. lib. 24. cap.6. lit. D.* quod Pragmaticis hodie Paradoxum esse merito cum aliis conqueritur. Inter- 10
dum etiam ita datur prima citatio, ut spem secundæ præcidat in causis celeritatem requirentibus, ut in momentaneo possessorio & in examine ad perpetuam rei memoriam. *Rulandus de Commiss. P.1. l.*

 2. c. 8.

2. c. 8. n.2. Si tamen etiam in causa civili casu inopinato & sine mea culpa fuissem impeditus, quo minus dilationi satisfacerem, v. gr. valetudine, tempestate, vi hostium, *L. 2. §. 3. ff. si quis caution. L. 7. ff. de Edendo*, absentia ejus, apud quem deposita instrumenta. *L. 36. ff. de judic.* Ignorantia successoris, *L. 7. ff. de Feriis*, absentia Advocati etiam antea adhibiti, sed mox reversuri, *Mascard. conclus. 10.* datur non tantum secunda, sed & tertia dilatio. *L. 7. de Feriis.* Sed quia absentia vel impedimenta Advocati hodie frequentius obtendi solent, ideoque *in Ordinatione Judicii Neomarchici* salubriter constitutum, ut absentia advocati non debeat esse causa ulterioris dandæ dilationis, *c. 16.* Quod si ex falsa causa aliqua dilatio obtineatur, tunc pars non tantum in expensas parti condemnanda, sed etiam arbitraria poena gravior Advocato & parti imponenda *per Recess. Imper. de Anno 1654. §.* Nicht weniger die *Advocaten &c.* & potest etiam terminus anticipari, quando alteri id non nocet, Mevius *p. 4. dec.* Quod si nec tertio termino probare potui citra culpam meam, tunc datur etiam quarta dilatio, sed cum juris solennitate, scil. ut eam petens (si procurator, habere debet speciale mandatum ab omnibus consortibus subscriptum, Mevius *p. 5. dec. 391.*) primo juret, quod non malitiose talem productionem exposcat, *Novell. 90. cap. 4. c. pen. X. de testibus. Gail. lib. 1. observ. 91. numer. 5.* licet textus illi non de dilatione, sed testium productione loquantur, quæ plures etiam in una dilatione fieri possunt. Sed usu receptus hic sensus, sed hæc solennitas a partibus remitti potest, *Gail. l. 1. obs. 16. n. 6.* ut etiam in iis causis, quæ non transeunt in rem judicatam, ut sunt matrimoniales, non videtur necessaria solennitas, *Wammes. Cons. 113. num. 3.* vel cum impedimentum est notorium. *Mev. part. 5.*
12 *dec. 20.* Et cum prima dilatione obtenta, possit probaturus secundam dilationem habere, frustra hujus primæ dilationis prorogatio petitur: sed quartæ dilationis pendentis prorogatio demum peti debet per Rec. Deput. de anno 1600. §. Obwohl im unser. 132. quæ sententia in praxi recepta. *Gail. d. l. num. 1. Rulandus de commiss. part 1. lib. 2. cap. 10. Ummius d. l. n. 15.* Et hæc prorogatio quartæ dilationis eandem requirit solennitatem, quam requirit ipsa dilatio quarta,

Google

ta, *Gail. d. observ. 91. num. 16. Mynsing. cent. 1. observ. 72.* nec judex fa-
cilis esse debet in quarta dilatione, ne fraus legi fiat. *Gail. d. l. n. 17.* Ex 13
his apparet, quam liberales nostri extiterint in dandis dilationi-
bus, quarum prisci legumlatores valde parci fuerunt. *Rittershus. ad
Nov. part. 9. cap. 14. num. 8.* Merito igitur ad terminos juris veteris
hæc revocanda erant, & materia dilationum, quantum fieri potest,
amputanda, mehr verkürtzt/ als verlängert/ ut in quibusdam Ordina-
tionibus caveri solet. Hinc in *L. 1. C. h. t.* cavetur, ut, si probatio 14
per testes in eadem Provincia producendos facienda, non amplı-
us quam tres menses indulgendi, si ex aliis provinciis, non am-
plius sex mensium spatium, si ex transmarinis regionibus, non am-
plius novem mensium spatium, & simul etiam juramentum præsta-
re debeat casu ultimo, *Scacc. lib. 2. de judic. cap. 3. n. 16.* In Cam. Spir. 15
ex Recess. de Anno 1654. §. Die bißhero/ &c. sancitum, ut termini
longiores præcidantur, daß sie möglichst abgekürtzet/ und nicht mehr/
als vier Monat verstattet werden. Nec igitur probare possumus
sententiam Ummii, qui quintam, sextam, imo & centesimam dila-
tionem dari debere, eodem impedimento manente statuit. Sed & 16
per Recess. Nov. de Anno 1654. omnes prorogationes secundæ & ter-
tiæ dilationis abolitæ, &, primo termino probatorio elapso, secun-
da dilatio datur, sed cum causæ cognitione, quæ in eo consistit, an
debitam diligentiam adhibuerit, & an impedimentum verum, *Rec.
de Anno 1654. §.* Den *punctum probationum. 50.* tertiæ vero non aliter,
nisi cum ea solennitate, quæ in concessione quartæ dilationis antea
requirebatur. §. Den *punctum probationum 50. &c.* Apud nos pen-
dens terminus a judice prorogari solet.

Tempus dilationis est continuum, non utile, nisi feriæ totam di- 17
lationem absorbeant, vel majorem ejus partem, *Marant. a part. 6. tit. de
dilat. n. 18. Rul. de Comm. part. 2. l. 2. c. 7. n. 10. Umm. d. l. n. 20.* quod forte
in Cam. Spirensi, non vero aliis in inferioribus judiciis locum habet;
nam in Cam. Spirensi facile id fieri potest ob concursum utriusque Ca-
lendarii, *Ruland. d. c. 7. n. 10.* sic etiam non currit dilatio, si quis facto
Adversarii impediatur. *l. 29. ff. de Minor.* aut incidens quæstio non ma-
litiose mota, & ad probandum admissa. *Mev. P. 3. dec. 385.*

De

18 De mutatione dilationum puto dicendum esse, licitam esse Jure Civili, sed non jure Statutario, quo certi termini pro dilationibus assignati, nisi existat causa legitima, utpote periculum moræ, instans iter, & similia, de quibus *Panorm. in c. 1. X. de dilat. Menoch. lib. 2 casu. 25. Ummius d. l. n. 20.* quod tamen de prima dilatione intellectum volumus, nam secunda & tertia dilatio solet contrahi pro ratione impedimenti, quod si citius cessaturum speratur, non opus erit integram dilationem concedere, sed aliquot tantum dierum spatium, pro natura negotii, sicuti in bene constitutis Judiciis fieri scimus, ubi vel septem dierum spatium pro secunda aut tertia dilatione petitur ac conceditur.

19 Effectus dilationis concessæ est, ut ea utrique parti sit communis, alterique parti etiam prosit, super illo tamen solo puncto vel articulo, super quo dilatio concessa est *per L. Petenda 6 C. de temp. in integr. restit. Maranta d. tit. numer. 18. & quos in d. L. 6. allegat Barbosa n. 5. & Ummius d. disp. 7. th. 23. & Scacc. lib. 2. c. 3. num. 209.* V. g. Injuncta mihi & adversario probatio, ille petit prorogationem, & ego probationem suscipere possum in termino prorogationis. Et, si post dedicita attestata Minor restituatur ad novos testes producendos, hoc idem licebit collitigatori, *Gomez. T. 2. Res. c. 14. n. 5. Vasq. part. 2. Controv. l. 2. c. 31. n. 12. Not. ad L. 6. C. de Tempor. Præscr.* quod extenditur, ut, si Reus volens Actori afferre beneficium hoc, renunciet dilationi, hoc Actori non præjudicet. *Christin. ad Consvet. Mechl. tit. 1. artic. 28. n. 18.* Limitatur vero *a Menoch. Cons. 367. num. 28. seq.* 1. nisi alter jam renunciaverit suis probationibus, antequam alter declaraverit, se velle uti illa dilatione alterius. 2. nisi resultaret inæqualitas, puta si alter jam habuisset quartam dilationem. 3. si suspicio subornationis restium adsit. Pendente dilatione a Judice nihil innovandum, *L. 3. C. h. t.* cujus regulæ limitationes proponit *Vasqu. part. 2. controv. cap. 17. Lancellot. de Attentat. part. 2. cap. 7. & Barbosa ad L. 3. Scacc. d. c. 3. n. 165.*

20 Suspenditur interdum dilatio & currere cessat, quando fit per Adversarium, quo minus probatio fiat, *L. 26. §. 4. in fin. ff. Ex quib. caus. major.* vel si per Commissarium stet, vel, si super puncto inci-

…d by Goo…

incidente Superior (v.g. Camera) consulendus, de quibus causis suspendentibus *Ruland. part. 1. lib. 2. cap. 7. num. 2. & seqq. Gail. l. 1. obs. 91. num. 6.*

De reliquis dilationibus infra suis locis agetur commodius.

Feriæ etiam tum Divinæ, tum Messium, tum Nundinarum præ- 21
bent justam excusationem non comparenti; imo si in iis, quæ in honorem Divinum constitutæ sunt, consentientibus partibus actus aliquis Jurisdictionis contentiosæ celebratus sit, actus redditur nullus *per l. 2. & ult. C. de feriis.* cum his feriis renunciari non possit. *Gail. l. 1. obs. 53. n. 16. Scacc. l. 2. cap. 5. n. 161. Ummius d. disp. 8. n. 24.* uti nec repentinis & extraordinariis renunciari potest. *Gail. d. l. Scacc. num. 1.* Ampliatur ista sententia de actibus Jurisdictionis contentiosæ, etiam si res agatur coram Arbitro, *l. 7. C. h. t. & L. 36. ff. de Arbitr.* excipitur transactio, *l. ult. C. h. t.* & hujus exemplo etiam laudum arbitratoris, qui non jure decidit. *Franzk. h. t. n. 25.* Causæ pietas etiam fecit exceptionem, quæ tamen DEUM respicit, vel contemplationem hominis cum respectu ad DEUM, ut explicat *Wammes. consil. 76. n. 6. vol. 1.* vel necessitas, quæ non tam ad indigentiam hominis, sed ad rem, quæ tempore peritura erat, referenda est, ut, si actio tempore peritura, ubi tamen ad litem contestandam tantum proceditur, *l. 1. §. f. ff. h. t. Wammes. d. l.* Et si etiam illa alimentorum causa, quæ a judice ex officio personis necessitudine junctis, vel summa egestate laborantibus adjudicanda. *Wammes. d. n. 4.* Deinde excipiunt causas publicas & fiscales, *l. 5. C. h. t.* patrimoniales scilicet, non criminales. *Hillig. l. 20. c. 7. lit. Bb. Franzk.* Omnes actus etiam voluntariæ Jurisdictionis licere probant *ex l. 2. & 8. C. h. t.* quæ tamen de emancipatione & manumissione tantum loquuntur. *Franzk. num. 26. Struv. Exerc. 5. th. 35.* Sic ubi periculum vitæ est, potest quis v. g. æger die dominica examinari. *Umm. D. 7. n. 41.* In summa multa concedunt Practici die dominica, quæ Verbo DEI non sunt congrua. v. g. studia juridica, quæ & alia studia magis avocant mentem a piis cogitationibus, quam labor corporis.

Cæterum alios etiam Jurisdictionis contentiosæ actus celebrari 22
posse in festis minus solennibus, ut in recordationem Apostolorum

& Martyrum dicatis, statuunt. *Franc. Marc. dec. 519. n. 15. p. 1.* quem refert *Christin. dec. 158. n. 17. vol. 2.* Sed negat *Menoch. A. J. Q. l. 1. qu. 30. n. 11. & 12.* ut eum intelligit *Christin. d. l.* nisi negotium nullam moram patiatur, aut res vel instantia peritura sit, aut debitor fugitivus, *Gail. l. 1. obs. 53. n. 13. & alibi Donell. & quos allegat Hill. l. 24. c. 7. lit. dd. Scacc. l. 2. de jud. c. 5. n. 35.*

23 Citatio tamen ad diem non feriatum in feriato insinuari potest, *Gail. d. obs. 53. n. 5.* de quo tamen merito dubitat *Hillig. l. 24. cap. 7. lit. A. per L. ult. C. h. t.* die tamen feriato appellatio interponi potest. *Specul. de feriis l. 2 part. 1. §. 2. n. 2. Scacc. de Appell. qu. 12. n. 51.* Citatus tamen ad diem feriatum tenetur sequenti die comparere *per c. Cum dilecti. de Dolo & Contum. Panorm. ibid. n. 4. Christin. d. Dec. 10. n. 15.*

24 Messium feriæ omnibus communes sunt, etiam iis, qui rus non colunt. *Hillig. d. lib. 24. cap. 70. Carpz. part. 1. const. 3. def. 22. Scacc. d. cap. 5. n. 147.* quæ sententia tunc concedi potest in iis judiciis, ubi regulariter feriæ messium observantur. Quod si vero feriæ non observentur, ut in judiciis Academicis &c. nonnullarum urbium judiciis, tunc persona, quæ non est occupata circa messem, eo tempore in jus vocari potest, ut *arg. L. 1.* a contrario sensu concludit *ibi Bartol. n. 1. C. de Agricol. & Censit.* Et quando procuratores sunt constituti, qui non sunt occupati circa messem, cur non hi procedere possint etiam tempore messis vel vindemiæ, modo jus dicatur. *Specul. l. 2. part. 5. tit. de Feriis. §. 1. n. 8.* Et sane rarum est, Advocatos circa rem rusticam occupari, & ratio illorum nihil aliud concludit, nisi quod occupatio ejus rustica, cujus opera ad agendam causam necessaria nobis est, præbeat nobis causam excusandi. Communis tamen sententia est, si quis tempore messis citetur, quod si non compareat, ut contumax condemnari non possit. *Wammes. d. Cons. 76. n. 1.*

25 Nundinarum vero feriæ ad solos mercatores pertinent juxta *Carpz. part. 1. Const. 30. def. 24.* de quo tamen dubitare licet, cum textus *l. unic. Cod. de Nundin. & ibi Salyc.* de concurrentibus in nundinis loquatur, & mercimoniorum cursus emtorem non minus, quam venditorem requirat. Verior est limitatio, si in ipsis nundinis sit contractum, *Carpz. def. 26. Peckius de jure sistendi cap. 7. n. 5. Hillig. lib. 24.*

lib.24.cap.7. lit.R. aut persona ob bannum sit indigna dilatione, *Carpz. def. ult.* aut suspectus de fuga, *Peck. d. l. n.7. Berlich. part.1. concl.27. n.10. Hillig. d. l.* in transitu privilegium denegant *Moller. p.1. Const.30. n.9. & Schultz. in synopsi feud. c.7. n.121.* videtur tamen id juri contrarium. Vid. *Christin. v.3. dec.99. n.5.*

Quæ autem Feriæ sacræ sint in Camera, de eo ex Ord. Camer. 16
part. 2. tit. 33. aliorumque judiciorum Ordinationibus constat. *Conf. Gail. lib.1. obs.53. Ruland. de Commiss. part. 1. lib.7.* & quos allegat *Hillig. d. l.24. c.7. lit. K.* & passim in Ordinationibus Judiciorum recensentur.

Quando autem variant Calendaria, & feriæ diversæ sunt, tunc 17
potissimum judicis, vel loci judicii feriæ sunt observandæ, *Ummius d. disput.6. num.39. Hillig. d. Cap.7. lit. DD.* In Camera Spir. tam novi quam veteris Calendarii feriæ observantur. *Ruland. d. l. 2. c.7. num.10.* idque procul dubio inter alia causam præbet protelationi causarum, &c.

CAPUT VII.
DE
EXCEPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1 & 2. *Quid Exceptio & quotuplex.*
3. *Quando Dilatoria opponenda, & n. seqq.*
5. *Quis judex competens.*
6. *Immediatum oportet esse Judicem.*
7. *Quando superior & mediatus Judex sit competens.*
8. *Judex de sua competentia pronunciet.*
9. *Nisi ejus intersit.*
10. *Tacite hæc exceptio non præteritur.*
11. *In judicio vetito hæc exceptio etiam post sententiam potest opponi.*
12. *Exceptio præventionis, deque ejus requisitis & effectis numer. 13. 14. & 15.*
16. *Recusatio Judicis suspecti.*
17. *Quando hæc opponenda.*
18. *Qui processus.*

 19. *Quæ*

1 EXceptio est Allegatio Rei, qua is actionem depellit, & vel dicitur, nullam competere Actori actionem, quæ dicitur exceptio facti sive intentionis, vel competere quidem, sed per aliquam allegationem differri vel excludi, quæ dicitur exceptio Juris sive Actionis. Ut Actio Actoris vel est in Jure fundata, vel non fundata: Ita Exceptio vel opponitur actioni fundatæ, & hæc proprie exceptio, alia vero Actioni non fundatæ, & hæc est exceptio intentionis, quæ distinctio ad id utilis, ut sciamus, quæ exceptio per statuta videatur exclusa, Nam id de exceptione actionis videtur intelligendum. Sed dubium est de exceptione solutionis, quæ ab aliis ad exceptionem actionis refertur, cum actionem præsupponat, *Cavarruv. in C. Possessor. p. 1. n. 5 Gilken. de præscr. p. 1. cap. 2. n. 36.* Sed *Donell. & Hillig. l. 22. c. 1. lit. D.* eam ad exceptionem intentionis referunt, cum ipso jure sublata fuerit actio, *P. Gregorius lib. 21. c. 17. numer. 5. Zasius in l. 1. ff. de Except. num. 11.* de qua re prolixe differit
2 *Hilliger. in Donell. l. 22. c. 1. lit. D.* Communior autem & receptior divisio est in Temporales sive Dilatorias, & Perpetuas sive Peremptorias. Illæ sunt, quæ ad tempus actionem excludunt, *Hillig. l. 22. c. 2. lit. N.* Perpetuæ vero ipsam actionem excludunt.

Dila-

Digitized by Google

Dilatoriæ vero regulariter ante litem contestatam opponendæ, 3
per L. pen. & ult. C. h. t, cujus rei rationem proponit *Panorm. in c. 12. X. h. t. n. 10*. Sed id habet distinctionem: Quædam enim non tantum 4
ab initio, sed etiam statim & ante omnes alias dilatorias exceptiones opponendæ, ne videatur in judicis personam consensisse, *l. 52. pr. ff. de judic*. Talis est *Primo* Exceptio declinatoria fori, sive incompetentiæ Judicis, licet inter has distinctionem faciat cum aliis *Merckelb. inter consilia Klockii cons. 14. n. 130. Vol. 1.* Nam exceptionem declinatoriam 5
vocant, qua quis fatetur jurisdictionem, sed immunitatem vel exceptionem allegat. Competens autem judex vel est ex jure communi, vel ex privilegio. Jure communi vel Judex competens per se, vel per accidens. Judex competens per se in genere est judex Domicilii, hodie non communis sed privati, in quo habitat Reus, quod forum cum aliis omnibus concurrit & præventioni locus; Exceptio prima in rationibus administrandis statuitur *ex l. 1. C. ubi de Rat.* & in domicilio defuncti etiam Reus conveniendus, si ibi reperiatur, *l. 19. pr. ff. de judic.* quæ de cœpto contra defunctum judicio potest intelligi *ex c. l. §. 4. ff. de jud. Secunda* Exceptio in personis exemptis, Clericis, Professoribus, Studiosis, Aulicis &c. In specie vero Judex in nonnullis causis est 1. Judex loci, Contractus, si ibi reperiatur, *c. 1. §. Contrahentes. X. de Foro comp.* primo quidem illius, in quem solutio destinata, ubi, si duo loca alternative expressa, electio creditoris, *l. 2. §. 3. ff. Quod certo loco &c.* vel illo deficiente, quo contractus perfecte initus. Et hoc forum locum habebit, licet privilegium de non evocando habeant subditi, *Carpz. l. 2. R. 29.* quod nec locum habet, ubi quis ex delicto convenitur, *Mevius p. 2. decis. 4.* nec si rei vindicatione aut hypothecaria, *Mevius p. 3. dec. 118.* nec si re conveniatur, &c. Excipitur tamen *primo* Advena mox recessurus, *l. 19. §. 2. ff. de Judic.* 2. maritus dotem accipiens, *L. Exigere. 65. ff. de judic. Secundus* judex competens ex causa speciali est Judex Loci, ubi res sita, quæ petitur, sive mobilis, sive immobilis sit, *Tertius* est Judex loci, ubi quis deliquit, sive delictum inchoaverit ibi, sive absolverit, modo ibidem reperiatur Jure nostro. Per accidens judex competens est. 1. Cujus jurisdictio prorogata, vel ob continentiam causæ, si res petendæ variis locis sitæ, vel Rei sub diversis judici-

dicibus, vel ratione interventionis, vel reconventionis, vel ex connexione actionis. Vel Rei 2. ubi reperitur, non tantum qui fugitivus; sed quilibet delinquens. *Ant. Matth. lib. 48. tit. 13. c. 5. n. 3.* Forum privilegiatum est vel ratione personarum, militum, Clericorum, Studiosorum, & personarum miserabilium, Senatorum, ut & Judicia Austregarum, vel ratione rerum, ut Judex feudalium, & spiritualium,
6 mercatoriarum causarum & fiscalium. Et quidem judex esse debet immediatus, non mediatus, nisi adeundus sit judex omnium communis, quando sc. ejusdem causæ plures sunt rei, diversis jurisdictionibus subjecti, & ad eundem finem agitur, non coram diversis, sed propter eandem & indivisibilem causam coram Superiore etiam omnium judice omnes conveniendi sunt, *L. 1. & 2. ff. de quib. caus. ad eund. judic. eat.* ne continentia causarum dividatur *contra Regulam in L. Nulli. 10. C. de judic. Deputat.* Abschied *de Anno 1600.* §. Bey unserm Käyserlichen. *Gail. lib. 1. obs. 32. n. 3. Mynſ. Cent. 1. obs. 4. Mindan. l. 3. de contin. caus. & alios cum his allegans Klock. Vol. 2. cons. 6. n. 20. & seqq.* Exemplum est, quando se plures obligarunt in solidum, & omnes sunt conveniendi, qui tamen peculiares habent judices, vel sunt plures tutores diversarum jurisdictionum *per L. 5. C. Arb. Tut.* vel plures sunt conveniendi, quorum alter immediate, alter mediate Cameræ subjectus, vel quando multi sunt, qui inter se hereditatem communem dividere volunt &c. *vid. Menoch. l. 2. A. Q. casu 371.*
7 Sic etiam ubi de interpretatione Privilegiorum agitur, Superior Judex mediatus competens judex est. *cap. 1. & 2. X. de confirm. util.* Maxime vero, quando de violatione privilegii, & ad pœnam in privilegio expressam, agitur, *l. 11. C. de Legib. & c. 13. X. de jud.* ubi debet ad fundandam Jurisdictionem & privilegium ipsum, & quod pars, quæ contravenisse dicitur, notitiam ejus habuerit, probari. *Zanger. de Exc. p. 2. c. 1. n. 390.* Sic & quando inferior Magistratus suum subditum vult convenire, tunc eum coram superiori judice convenire debet, nisi aliud consvetudine introductum. *Mynſ. cap. 5. Obs. 1. Mind. l. 1. c. 17. n. 10. Gail. l. 1. Obs. n. 18. Zang. d. 2 p. 404. & seq.* Sed etiam Superior Judex immediate aditur, quando immediatus justitiam denegat legitime requisitus, de quo ex instrumento publico

blico constare debet, ubi si citatio nulla per modum simplicis querelæ emissa, ea emissa per modum appellationis, causa ad Superiorem devolvitur. *Ordin. Cam. part. 2. tit. 26. Auth. Statuimus. C. de Episc. Gail. l. 1. Obs. 28. Mynsing. c. 2. Obs. 24. & c. 3. Obs. 74. Zang. d. l. n. 409 & seqq.* Si alter reorum clericus, alter laicus, Ecclesiasticus judex competens est, quia nobilius ad se trahit ignobilius. *Berlich. part. 2. dec. 220. num. 24. & seqq.* Si autem alius Imperio, alius Galliæ Regi subjectus, continentia causæ locum non habet. *Fridericus de Contin. caus. l. 3. c. 3. num. 8.* De causis exceptis supra. De Avocatione causarum infra. Item, quando causa excepta a Superiore, vel Superios
avocat causam, & de his *Zang. part. 2. c. 1. n. 353. & multis. seqq.* Et de 8
hac exceptione, an sua sit Jurisdicto, judex ante omnia cognoscere debet, *L. 2. §. 6. & l. 5. ff. de jud. l. 2. ff. Si quis in jus vocat. Gail. l. 1. obs. 32. n. 1. & obs. 48. n. 11.* & si se incompetentem, & ita pro exceptione pronunciet, potest Actorem in expensas condemnare, quia ad istam quæstionem competentiæ & incompetentiæ est judex
competens, *Gail. d. l. obs. 34. n. 4. Zang. part. 2. c. 1. n. 447.* Non au- 9
tem Judex ipse cognoscet, si ipsi judici exinde commodum ob decimas vel sportulas sperandum, vel ob mulctam, sed vereor, ne plerumque judex interesse aliquod habere posit. *Bart. in l. 5. ff. de jud. n.
1.* quem laudat *Hillig. l. 17. cap. 25. lit. B.* Si autem judex non attenta 10
hac exceptione, ad illos actus procedat, nulliter procedit, per tradita *Zang. d. l. n. 448. & seq. Thom. Merckelb. inter consilia Klokii consil. 39. n. 10. vol. 1.* V. g. Si Reo absente ad immissionem bonorum progrediatur, vel litem in contumaciam pro contestata, vel positiones, pro confessis habeat. Si vero Jurisdictio exceptione elidibilis, dum ad ulteriora Judex procedit, tacite hæc exceptio rejecta. *Zanger. d. l. n. 450.* tutissime autem faciet, si appellat reus. *Scacc. l. 1. de jud. c. 101. n. 18.
Merck. d. l. consil. n. 33.* Potest autem post sententiam etiam hæc excep- 11
tio opponi, quando judicium vetitum, & ideo jurisdictio non prorogabilis. *l. 5. §. 1. C. de jurisd.* aut prorogabilis quidem, sed Reus ex errore, non animo prorogandi respondeat *Conf.* quæ allegat *Tren. lib. 2. tit. de judic. resol. 8. & Hillig. lib. 17. cap. 22. lit. B.*

Secun-

12 Secunda Exceptio dilatoria, quæ ante alias dilatorias oppo-
nenda, est Præventionis, quando Reus plures habet judices, qui
omnes in solidum de illa causa cognoscere possent, & Reus ab uno
est citatus, *Clem. fin. Ut lite pendente &c. de qua Zanger. part. 2. cap. 3.*
13 Quando enim plures sunt Judices concurrentes, ut Camera & Ju-
dicium Aulicum, vel unus generalis ratione domicilii, alter speci-
alis ratione contractus, delicti, rei sitæ, tunc hæc requiruntur: 1. ut
non solum fuerit petita, sed & impetrata Citatio. 2. Ut fuerit causa
citationis expressa, per quam plene possit Reus instrui, *Zang. p. 2. c. 13.
n. 8 & p. 2. c. 3. n. 10.* 3. Ut fuerit insinuata, aut per Reum fiat, quo
minus insinuetur. 4. Ut habuerit effectum, nec sit circumducta ob
contumaciam, vel incompetentiam. Et hæc Exceptio, ut & litis pen-
dentis etiam in processu executivo locum habet. *Mevius p. 3. dec. 205.*
Sed quæritur: Si diffamatus de crimine me citari curet: An possum
alio loco contra eum agere? Affirmatur id. Nam Judicium *ex L. Diffa-
mari* eo fine instituitur, ut actor ad agendum compellatur, & Actoris
in arbitrio est, quo loco velit Reum convenire, quæ electio per pro-
vocationem *L. Diffamari.* factam, ei non debet adimi, *Gail. l. 2. obs. 11.
n. 4. Covarruv. Pract. Quæst. 18. n. 6. Bossius de Foro Competent. n. 107.
Zanger. d. c. 15. n. 17. seqq.* Quod si vero quis a pluribus simul citatus,
& de prioritate non constet, sorti locum facit. *Zanger. p. 2. c. 3. n. 31.*
14 *Conf Carpz. p. 1. Juris. C. 7. d. 23.* Et oritur Præventio etiam ex libello
Principi oblato per *l. 1. C. quando. libell. princ. dat. litis contest. fac. &
15 ibi Dd. Cothm. Vol. 3. cons. 3. Carpz. d. lib. 2. Resp. 49.* Affinis huic est Ex-
ceptio litis pendentis, de qua pecul. *Zanger part. 2. cap. 13.* & hanc si
rejiciat judex, potest Reus appellare, *Afflict. dec. 354. Lancellot. de At-
tent. part. 2. cap. 4. limit. 2. n. 73.* qui tota illa limitatione varia exem-
pla habet, ubi litis pendentia ob diversitatem non attenditur. *Klock.
consil. 59. n. 2. vol. 2.* Exemplum habet *Mev. p. 6. dec. 202.* scilicet si quis
actione personali egerit, & postea actione hypothecaria coram alio
judice vellet agere, fisco litis pendentia opponi nequit per *l. 35. ff. de
jure fisci & ibi notat a. Mev. p. 4. dec. 185.* Nec salario Clericorum obstat
hæc Exceptio. *Mev. p. 4. dec. 134.* Nec obstat, si utraque pars consen-
tiat, & Superiorem adeat. *Mev. p. 3. dec. 139.*

Tertia

Digitized by Google

Tertia in earum classe est Exceptio, Recusatio Judicis ut su- 16
specti, vel minus idonei, nam hæc omnium prima esse debet, *arg. l. fin. C. de jud. Gail. l. 1. obs. 33. n. 11. Mynf. Cent. 4. obs. 59. Covarr. Pract. qu. c. 26. n. 2.* nam si citatus aliam exceptionem prius opponat, videtur
agnovisse judicem. *Zang. p. 2. c. 4. p. 34.* Interdum tamen & postea 17
opponi potest, si causa suspicionis emergat, *c. 25. X. de Offic. de leg. l. 32. §. 14. de Arbitr.* vel denuo innotescat, *c. 4. de Except. d. §. 14. Hillig. d. c. 25. lit. O. Scacc. l. 1. c. 101. n. 9. & seq. Zang. d. c. 4. n. 5.* In hac Exce- 18
ptione ita procedendum, ut Reus offerat libellum recusationis judici recusato, si ejus copia haberi possit, *L. fin. C. de jud. Zanger. c. 4. n. 18.* in scriptis, *Hillig. in Donell. l. 17. cap. 25. lit. I.* causam recusationis exprimat, *c. 41. §. fin. X. de Appell. Ummius disp. 1. n. 3.* quo facto judex recusatus in causa Principali non procedit, sine aperta nullitate. *L. Apertissimi. 16. C. de judic. Camill. Borell. tom. 2. dec. tit. 56. n. 285. Scacc. de jud. l. 1. c. 110. n. 20. Umm. d. l. n. 60.* A partibus autem eligendi arbitri intra triduum, qui de causa recusationis cognoscant. Sed usus obtinuit, ut qui dedit judicem, vel proximus Superior de causa cognoscat recusationis. *Knichen. de Saxon. non provoc. jure c. 2. n. 14. Hillig. d. l. lit. N. Mevius. p. 2. dec. 257.*

Causæ suspicionis hic eædem, quæ testem repellunt. Quæ fa- 19
ciunt testem suspectum, multo magis judicem, quia facilior aliorum judicum copia, quam testium. *Hillig. in Donell. l. 17. c. 25. lit. G.* Conferantur, quæ novissime de hac Materia præclare scripsit *Dn. Ziegl. ad Lancell. l. 3. t. 1. §. 30. & seq.* Posse autem Judicem Ordinatum recusari, quicquid sit de Jure Civili, ex Jure Canonico constat *c. 12. X. de foro comp. c. 61. de Appell. Zang. p. 3. c. 4. n. 9. Farin. p. 2. fragm. n. 734. Zæs. Tit. de Jud. n. 69.* Et quando reus post litem contestatam causam suspicionis ad sui pervenisse notitiam dicit, juramento hoc asserere tenetur *c. 4. de Except. Covarr. pract. Qu. 26. n. 2. Hill. l. 17. c. 25. lit. O.* & recusari potest delegatus a Principe, licet sub hac clausula. *recusatione omni cessante.* Nam de frivola causa intelligitur clausula. *Hill. d. l. lit. E. Gail. l. 1. obs. 33. n. 5. Mynf. c. 5. obs. 63.* Collegium etiam si major pars, vel qui majores essent in autoritate, sint suspecti. *Zang. d. l. n. 16. & seq. Farin. P. 2. n. 777. & seqq. Donell. & Hill. d. 21. per totum, conf. Mevius p. 1. d. 194.*

20 Pleraſque exceptiones dilatorias ante litem conteſtatam opponere ſufficit, v. g. Exceptio laudationis, qua quis autorem ſuum nominat *ex l. 2. C. ubi in rem Actio.* quando ſcil. opponitur ad effectum translationis; ſecus ſi ad effectum aſſiſtentiæ, quo caſu poſt litem etiam conteſtatam opponi poteſt, quia tunc eſt denunciatio litis. *Zanger. part. 2. cap. 2. num. 6.*

21 Talis etiam Exceptio præjudicialis, qua petitur, ut prius de majori quæſtione, vel de ſtatu, vel de ea quæſtione judicetur, ex cujus deciſione litis pendentis deciſio ſumi poteſt, & qua Actor repellitur ab agendo, donec de puncto præjudiciali conſtet, Et hæc vel per ſe eſt præjudicialis, ut quæſtio de ſtatu, vel per accidens, ut ſi vellem res ſingulas ut heres petere, cum nondum probaverim, me eſſe heredem. *Bachov. Vol. 2. d. 26. th. 4. lit. 1.* Exempla præjudicialium Exceptionum *in l. 4. ff. de Reſtit. l. 34. ff. de Act. Empt. cap. 3. X. de Ordin. cogn. c. 5. X. qui filii ſint legitimi.* Et talis Exceptio ante litem conteſtatam poteſt opponi, & ſuſpendit judicium futurum, non jam inchoatum per litem conteſtatam *per. l. 13. ff. de Except. ibique Zaſius. Conf. l. 16. & l. 18. & l. 21. ff. de Except. Zang. part. 2. c. 10. Schneidew. in §. Præ-* 22 *judiciales. J. de Action. Græv. conſil. 280.* Exceptio Spolii eſt etiam dilatoria, *cap. 2. & ultim. X. de ordin. cognit.* quæ exceptio etiam ante litem conteſtatam opponenda, niſi poſtea de novo factum ſpolium proponatur, aut poſt litem conteſtatam ad ejus notitiam perveniſſe Reus juramento confirmet. *arg. cap. 4. X. de Except. Zanger. part. 2. c. 18. n. 13. Carpz. de Proc. tit. 9. art. 6. n. 23. & ſeqq.* Sed exceptio ſpolii poteſt dupliciter intelligi, ut illa ipſa res reſtitui primo petatur, quam petit Actor, vel, ut etiam ſpolium in alia re factum prius reſtituatur, quam reſpondeam, & hæc videtur receptior eſſe ſententia, *Bachov. d. lib. 26. th. 4. lit. G. Zanger. part 2. c. 18. n. 5.* quia nec nudi contendere, nec inermes nos hoſtibus opponere cogimur. Et hæc non opponitur de ſpolio tertii, niſi omnibus bonis vel maxima parte ſe exhauſtum dicat, & criminaliter conveniatur, ubi intra 15. dies probanda hæc exceptio *per c. 1. de Reſtit. Spoliat. l. 6. Bachov. d. l. Zang. d. l. n. 10. Boſſius in Rubric. de plur. Violent. n. 31.* Et hæc Exceptio ſpolii a tertio commiſſi opponi poteſt etiam in civilibus, non ad ſuſpendendam cogniti-

gnitionem, sed executionem, *Carpz. p. 1. C. 6. d. 9. Berlich. p. 1. Conclus. 21. n. 71.* post 15. dies, si non probasse reperiatur, non amplius audiatur. *d. c. 2. Carpzov. L. d. d. 1.* Sed quod *Carpzov. in proc. tit. 9. art. 6. num. 96.* dicit, non sufficere, si exceptionem Spolii intra 15. dies opponat, sed opus esse, ut restitutionem petat. Item quod dicit *p. 1. Jurispr. Constit. 6. def. ult.* spolium non posse committi conscientiæ Actoris: Item quando dicit *d. C. 6. d. 5.* Spolium tantum instrumentis probari posse, hæc, inquam, an juri communi conformia, multum dubito.

Quædam vero sunt Anomalæ, quæ etiam post litem conte- 23
statam opponi possunt, ut Exceptio loci non tuti, quia gravamen successivum continet, *Zanger. parte 2. cap. 5. n. 3. Hillger lib. 22. c. 9. lit. FF.* Quæ Exceptio habet causam vel naturalem, ut contagium vel moralem, ut inimicitia, metus carceris, locus enim debet esse tutus, parti non solum, sed & Advocatis, testibus &c. Ideoque huic exceptioni si ob metum carceris opponatur, ut medeatur Judex, salvum conductum ad accedendum & recedendum dare debet, licet salvus conductus simpliciter datus, utrumque continere præsumatur. *Gail. l. 1. obs. 52. n. 5. & per totum Zanger. d. c. 5. num. 18.* Si autem judex causæ recuset dare salvum conductum, datur reo appellatio, vel querela protractæ justitiæ, cujus pars non postrema est, ut concedatur securus accessus. *Mev. p. 4. dec. n. 1.* Si autem datur facultas in singulis terminis accedendi, & recedendi; medio tempore commorari non debet. *Zang. d. l. n. 22.* Et si periculum toto tempore judicii, etiam hæc Exceptio datur. *Oldend. in Ench. Except. h. t. pag. 55.* Si autem ob metum contagii opponatur, Judex alium locum eligere debet. *Ruland. de Comm. p. 1. l. 5. c. 3. n. 18.* Huic similis est Exceptio loci inhonesti. *l. 21. §. pen. ff. de Arbitr.* Similis est exceptio temporis angusti, *Zanger. parte 2. cap. 6.* vel feriati, *Zang. cap. 7.* Sic post 24
litem contestatam & in quacunque parte judicii opponi potest exceptio Legitimationis personæ vel falsi Procuratoris, quia judicium alias esset nullum, *l. 24. C. de Procur. & ibi Dd.* pluresque ibi congessit. *Barbosa & Zanger. part. 2. cap. 8. numer. 36.* imo & in instantia Appellationis, *Mevius p. 5. dec. 189.* nisi in prima instantia expresse vel tacite fuerit rejecta, *Mev. p. 4. dec. 204.* licet ea, quæ personæ Pro-

n 2 cura-

curatoris opponitur, quod scilicet Procurator esse non possit, ante litem contestatam sit opponenda *per l. 13. C. de Procur. & ibi Dd.* Sed plenius distinguitur, utrum primo opponatur defectus legitimi mandati, an vero secundo opponatur personæ Procuratoris, quæ tamen admissa ab Actore procurare potest, ut miles, vel tertio, an ea opponatur illi, qui nec volente Actore Procurator esse potest, ut tradunt Dd. de Minore 17. annis, cum pro se in judicio stare non possit. *Zanger de except. p. 2. c. 8. num. 91. & seq. Trentac. l. 2. tit. de procur. Concl. 3. n. 36.* Aliud exemplum in deportato, excom-
25 municato. In primo & ultimo casu semper etiam post litem contestatam opponi potest exceptio, in secundo casu non. Talis etiam est Exceptio plus petitionis, quæ etiam post litem contestatam opponi potest. *Zang. parte 2. c. 11. n. 13.* Quod probatur ex eo, quod omnes dilatoriæ exceptiones, quæ non personas litigantes, aut judicem concernunt, sed causæ obstatu, possunt lite contestata opponi. *Steb. ad l. 19. C. de Prob. Peretz. ad Tit. C. de Except. n. 9. Hilliger. l. 22. c. 9. lit. DD. & lit. seq.* Talis etiam est Exceptio implementi non secuti, quæ ideo, quod post litem cotuestatam opponi possit, nonnullis peremptoria vocatur, quam sententiam tamen rejicit *Hillig.*
26 *l. 22. c. 9. lit. S.* Hæc exceptio implementi non secuti datur ei, qui ex contractu utrinque obligatorio convenitur, si actor a sua parte non impleverit contractum. Nam ejus est primum implere contractum, qui ex eo agit per *L. Julianus. 13. §. Offerri. 8. ff. de Act. Empt. Hartm. Pist. p. 3. q. 27. n. 32. Hillig. ad Donell. l. 22. c. 6. lit. T.* nec sufficit ex parte implevisse, *d. l. 13. §. 8. l. 9. §. 3. de Pignor. Act.* v. g. si res vendita non libera, non integra tradita. *Surdus Dec. 253. n. 8. & Decis. 265. n. 1.* Et hanc exceptionem etiam post rem judicatam, etiam in ipsa Executione opponi posse putant, cum retentio ex contractu jure pignoris veniat, de cujus jure antea non actura, *Trentac. l. 2. tit. de Except. resol. 1. n. 11. Zang. p. 3. c. ult. n. 89.* & quos allegat *Hillig. l. 22. c. 8. lit. L.* & cum hæc Exceptio ex natura contractus veniat, in quo se fundat Actor, implementum ab Actore probandum. *Zang. p. 3. cap.*
27 *12. in. fin. Hilliger. d. c. s. lit.* Talis etiam est Excussionis sive ordinis, quam licet multi ante litem contestatam opponi debere putent, *Zang.*

Zang. p. 2. cap. 16. num. 4. Faber. lib. 8. cap. 52. Scacc. d. c. 101. verius tamen est, etiam eam post litem contestatam, imo in executione opponi posse, *Gail. lib. 1. observ. 27. num. 3.* quæ recepta est sententia. *Zanger d. cap. 16. num. 6. Carpzov. part. 1. const. 3. def. 17. Gabriel. lib. 3. de fidejuss. concl. 1. n. 9.* Exceptio Ordinis vel excussionis, quæ fidejussori vel tertio possessori hypothecæ generalis, actione hypothecaria convento datur, licet sit dilatoria, quia non perimit litem, quia tamen causam ipsam concernit, & interdum, ubi principalis solvendo, perimit litem, æquior sententia est, post litem contestatam opponi posse, ut tradunt allegati multi a *Berlichio p. 1. Concl. 18. n. 83. Wesenb. dis. 25. th. 8.* Illud saltem dubium, quomodo hoc casu pronunciandum sit, *Zang. definitive putat absolvendum Reum, addita expressa mentione hujus.* daß Beklagter von angestrengter Klage / wegen fürgewandter *Exception Excussionis* zu entbinden / und loß zu zehlen / quia putat, lite per contestationem inchoata, non posse reum absolvi ab instantia, quod recte reprehendit *Carpzov.* Cum instantia a lite contestata incipiat, qui potius ab instantia putat, Reum absolvendum hoc modo, daß des Klägers Suchen noch zur Zeit nicht statt finde. Eadem ratio beneficii divisionis. *Wesenb. V. 2. d. 25. th. 8. Gail. l. 2. observ. 27. n. 5.* Sic etiam post litem contestatam opponi pot- 28
est exceptio cedendarum actionum, quæ fidejussor vel tutor in solidum conventus, solvere paratus, petit, ut sibi ante solutionem cedatur jus a Creditore, contra debitorem, vel contutores ex *Zang. part. 2. c. 16. num. 27. Hartm. Pist. part. 1. qu. 47. Carpz. part. 2. Const. 17. Hering. de Fidejuss. c. 27. part. 3. n. 6. & seq.* Et hæc exceptio ita est privilegiata, ut non tantum ante litem contestatam, sed etiam in executione sententiæ opponi possit. *l. 20. §. 1. ff. de Tutel. & Rat. Matth. Coler. de Process. Exec. p. 4. c. 1. num. 87. & seq. Zang. p. 3. c. ult. n. 109.* Et Exceptio Anastasiana etiam post litem contestatam opponi potest. Sed illud dubium, quod *Mevius p. 4. dec. 324.* scribit, si cessio nulla, eam ante litem contestatam opponi debere, nam hoc casu falsus esset Cessionarius, & obstaret ipsi exceptio legitimationis personæ, & alias reus bis solvere cogeretur.

29 Cum vero Exceptiones dilatoriæ frustrandi & judicii differendi causa soleant opponi, ideo varia reperiuntur remedia huic malo tollendo. *Primum est in C. Pastoralis. 4. X. de Except.* scilicet, ut possit judex certum tempus sive terminum Reo assignare, in quo omnes exceptiones dilatorias opponat, quod ni fecerit, postea etiam ante litem contestatam Reus non amplius admittatur ad ullius exceptionis dilatoriæ oppositionem, nisi juret, postea in notitiam Rei demum pervenisse, & hic terminus est peremptorius, quo lapso, audiendus Reus non est, *C. Consuluit. 14. X. de offic. judic. deleg. Zanger. part. 3. cap. ultim. num. 21. & seq. Hillger. l. 22. c. 3. lit. CC. pag. 979. Carpzov. tit. 9. art. 1. num. 15.* Quod capitulum allegari posset, si Reus quasdam exceptiones dilatorias opponeret, aliasque reservaret, nam tunc ad instantiam actoris ipsi injungi potest, ut
30 omnes simul proferat & litem contestetur. *Deinde part. 3. Ord. Cam. tit. 24.* salutariter constitutum, ut in primo termino omnes Exceptiones dilatoriæ proponantur cum eventuali litis contestatione, quod etiam repetitur in nupero Recess. §. **Und hat der Beklagte**/&c. ubi id declaratur, nisi in specie declinatoria judicii opponatur, **da der Beklagte vor Erörterung des** puncti competentiæ fori **sich in der Hauptsache einzulassen nicht verbunden.** *Conf. Carpzov. tit. 9. art. 1. num. 73. & seqq.* quam Ordinationem pleraque Principum judicia sequuntur, ut Luneburg. Ordin. *tit. 21.* Solmensis *tit. 17.* §. **Damit aber hierinn keine Gefahr. Münsterische Hoff-Gerichts-Ordnung** *tit. 5.* §. **Solche und dergleichen.** Brandenb. Culmbacensis. *tit. 10.* §. *1.* Brunsvvic. *tit. 30.* §. **Solche und dergleichen.** Pomeranica. *tit.* **Von Beklagten.** §. 2. Itemque salutariter statuit Elector Saxoniæ AUGUSTUS *part. 1. Const. 3. & ibi Moller. Carpzov.* & hoc in summariis maxime locum habet, ut scil. in primo termino omnes proponantur. *Carpzov. d. l. n. 19.* Ne autem Actor cavillari possit, Exceptionem unam esse alii contrariam, expedit exceptiones alias aliis certo ordine subordinare, cujus Exemplum tale ponit ex aliis *Hillig. l. 22. cap. 9. lit. CC.* Nego me cognitionem tuam, Judex, pati debere, &, si deberem, suspectus tamen fores, qui Actoris cognatus, quod si nec fores suspectus, libello tamen vago varioque respondere

dere non teneor, & ut is esset constans non tamen tenerer, quia huic procuratori esse non licet, &, ut liceret, mandatum tamen ipsi non est. Si autem in primo termino quasdam Exceptiones opposuisset, v. g. Carentiam Advocati, postea in secundo termino alias propositurus, non esset admittendus per tradita *Carpzov. d. t. 9. Art. 1. numer. 24.* Sed quid si in primo termino emanserit 31
per contumaciam, & eidem fuerit injuncta litis contestatio, an etiam in secundo termino potest opponere exceptiones dilatorias? Negat hoc *Carpzov. Process. d. titul. 9. & artic. 1. numer. 31. & seqq.* quia debuit in primo termino opponere, a quo contumacia ipsum non liberat. Secus autem esset, si contumaciam adductis impedimentis purgaverit. *Carpzov. d. l. num. 52.* Quæ omnia tamen intelligenda sunt, nisi de novo emergat, aut in notitiam perveniat Exceptio, aut si talis, quæ retro judicium nullum reddat, aut gravamen successivum contineat. *Zanger. d. c. ult. n. 27. Carpz. d. l. n. 38. Tertium* remedium est, ut, si Actor neget Exceptiones, Reus statim quidem pro- 32
bare debeat: Sin vero Actor non neget, sed replicas opponat, ultra duplicam in scriptis non procedatur, *Ordin. Camer. part. 3. tit. 26.* quam sequitur Ord. Brandenb. Culmbac. *tit. 10. §. 2.* Luneburgica vero Ordinatio *tit. 21.* tantum replicam, non vero duplicam in scriptis permittit. *Quarto* si Reus opponat Exceptiones dilatorias, & tamen succumbat, 33
potest Reus vel Advocatus in expensas retardati Processus condemnari. *Ordin. Camer. part. 3. tit. 50.* §. Wir wollen auch alle Partheyen und *Procuratores* gewarnet und erinnert haben / daß alle die jenigen / so mit Bey-Urthel verlustiget würden / deshalben und von wegen des vorgezogenen Rechtens / wie Recht ist / in Kosten und Schaden vertheilet und gesprochen werden sollen; und wo solches aus freventlichen Auszügen / Schuld / Versäumniß / oder Unwissen der Procuratoren geschehen / scheinbarlich und klärlich befunden würde / so sollen dieselbe Procuratores solche Kosten ohne Nachtheil oder Schaden ihrer Partheyen selbst auszurichten schuldig seyn. Ideoque in Camera, qui in Exceptione succumbit, vel in replica, statim solet in expensas illius Capituli sive puncti condemnari, nec hæ solent reservari ad finem litis, quia processum causæ retardat. *Mynsinger. Cent. 1. observ. 23. per L.*

dem.

pen. C. de fruct. & lit. expens. Gail. l. 1. observ. 151. numer. 15. Aliud ve-
ro in Expensis victoriæ, quæ ad finem processus reservantur.
Quinto parti frustratoriis & calumniosis exceptionibus utenti
potest mulcta in nonnullis judiciis indici. Monast. aulici judicii Or-
34 din. *tit. 5. §.* **Und im Fall**/&c. indeque in Camera observari testatur
Ruland. de Commiss. part. 1. lib. 1. cap. 7. numer. 22. & potest judex sta-
tim comminari pœnam in casum succumbentiæ. *Ruland. d. l. & nu-
pero Recess. d. §.* Jubentur Camerales Reum, si frustratorias ex-
ceptiones opposuerit, in aliquot marcas auri vel argenti con-
35 demnare. *Sexto* judex, ubi præsumptio est, nedum ubi mani-
festum est, exceptionem opponi causa differendæ litis, non de-
bet admittere, sed debet statim rejicere exceptiones calumniosas
litis protelandæ causa oppositas. *Gail. l. 1. obs. 27. num. 19. Ruland.*
36 *d. l. Parthen. litig. lib. 2. cap. 13. numer. 16. Septimo*, ut citius dilatoriæ
expediantur, si eæ omnino in scriptis exhibeantur, caveri posset,
ut in duplo statim exhibeantur, quo copia sine mora statim in con-
37 tinenti communicari possit, *ut in Luneburg. Ordin. tit. 21. §. 2. Octavo*,
dubium non est, quin Princeps possit committere causam, ut ex-
ceptionibus dilatoriis remotis in causa procedatur. *arg. Clem. Sæpe.
de V. S. C. Ex parte 13. X. de offic. judic. deleg.* Quod tamen intelligen-
dum de Exceptionibus, quæ sunt de apicibus juris, id est, quæ juris
rigore nituntur, non vero de iis, quæ æquitate nituntur. *Pinell. in rubr.
C. de Rescind. vendit. part. 1. cap. 2. num. 32. per L. 29. §. 4. ff. Mandati.*
38 *Zanger. de Except. part. 2. c. 22. num. 10.* Sæpe etiam per statutum
omnes excluduntur Exceptiones, ut in casu instrumenti gvarenti-
gionati, ubi procul dubio non sunt prohibitæ eæ, quæ ex ipso in-
strumento, quo Actor nititur, resultant, *Afflict. dec. 403. num. 17. Me-
noch. lib. 2. Arb. Quæst. Casu 526. num. 10. & Borell. Tom. 1. dec. tit. 43. n.
32.* sicut nec illæ, quæ ex facto Adversarii ortum habent. *Marsil. sing.*
39 *96. Borell. d. l. numer. 33. Conf. de statutis iis Damboud, in Prax. Civil.
c. 139. Gudelinus de Jure noviss. l. 4. numer. 7. & 8.* Faceret id etiam
ad retundendam malitiam litigantium, si in mendacio deprehensus
nulla alia exceptione adjuvaretur, ut in Exceptionibus perempto-
riis nonnullis exemplis exceptionum peremptoriarum expressum
in

in jure est, ut *in l. 22. §. fin. ff. de Noxal. Action. junctâ l. 1. §. 15. Si Quadrupes. l. ult. de Rei Vind. Novell. 18. cap. 8. & cap. 10. l. ultim. §. 1. de Compens. l. 22. §. 1. de Re Judic. §. 1. in fin. Institut. de Fidei-commiss. Her. quos textus collegit. Wissenb. Vol. 2 disp. 25. thes. 8. No-* 40
no si exceptiones dilatoriæ sint Anomalæ vel Mixtæ, vel merita causæ concernant, & altioris indaginis, possunt a judice rejici, datâ Reo licentia, iis post litis contestationem in vim peremptoriarum utendi: Dem Beklagten werden die jetzo eingewante Exceptiones nach der Kriegs-Befestigung zerstörlicher Weise zu gebrauchen vorbehalten. *Zang. d. cap. ultim. n. 25. & seqq.*

CAPUT VIII.

DE

SATISDATIONE.

SUMMARIA.

1. *Satisdationis Exceptio opponi solet.*
2. *Ad quæ se obligat Actor Jure novo.*
3. *Quid de Consuetudine.*
4. *Quid Jure Saxonico.*
5. *Hæc præstanda, licet Juramentum paupertatis præstitum.*
6. *Rei cautio, & n 7.*
8. *Quid in procuratore.*
9. *Possessio immobilium liberat a satisdatione.*
10. *Parentes cum liberis litigantes non sunt immunes, quod declaratur.*
11. *Cautio de non offendendo.*
12. *Remedia, contra calumniose oppositam Exceptionem satisdationis, & n seq.*
14. *An Actor sublestæ fidei ad juratoriam Cautionem admittendus?*
15. *An Juramentum Calumniæ deferri potest Reo?*
16. *Offerri sponte potest cautio.*
17. *Excipiens temere, in Expensas condemnandus.*

Satisdatio in modum exceptionis peti solet, sed interdum etiam ad 1
eam obligatur Reus, vel ejus defensor aut Procurator, & quia hæc Exceptio in judicio quotidiana, ideo in specie in peculiari capite de ea agere placuit.

Actor Jure Justinianeo novo ad tria se obligat fidejussore dato. Nam Prætoriæ stipulationes, quæ satisdationem exigunt,

non sunt contentæ pignoribus, quæ certam habent æstimationem, sed requirunt fidejussores, quia de futuro interesse interponuntur. Quod quia incertum, ideo pignora vix sufficient, *Confer. Bronchorst. c. 1. Ass. 25. Gœdd. ad l. 61. de V. S. num. 3.* Sed quia fidejussores hodie difficulter accipiuntur, & plus cautionis (hodie præsertim) in re est, quam in personis, *l. 25. de R. I.* ideo moribus nostris & pignora admittuntur. *Busius ad l. 1. ff. de Satisd. n. 4. Confer. etiam Damboud. de prax. Civ. c. 68. in fine. Grœnwegen ad l. 7. ff. de Prætor. stipulat. Gail. de Arrest. c. 3. n. Hahn. ad Tit. de Satisdat. n. 8. Treut. vol. 1. disp. 5. th. 2. lit. A. & ibi Bachov. Ummius disp. 9. num. 3. Carpzov. tit. 9. art. 5. n. 18.* Nonnunquam quando nec pignora adsunt, juramentum exigitur, seu cautio juratoria, cujus Formulam hanc ponunt: actorem vel reum credere, quod fidejussorem nullum reperire possit &c. juramentum sufficit, si præstandum ob dignitatem, *l. pen. C. de Dign. Tiraquel. de Nobil. c. 20. n. 98.* quod nec hodie mutatum, *vid. Bachov. th. 2. l. B.* Promittet autem actor cavens tria, ut dixi. 1. Se intra bimestre litem contestaturum. 2. Litem persecuturum. 3. Se victum decimam partem litis nomine expensarum soluturum *per Nov. 96.*
3 *cap. 1. & Auth. Generaliter. C. de Episc. & Cleric.* Sed hæc passim ab usu recesserunt. *Bart. ad d. Nov. c. 1. & Dd. ad d. Auth. Præsertim. Barbosa. Coler. part. 1. decis. 105. num. 2. quem citat. Carpz. tit. 9. de Process. artic. 5. num. 6. Zanger. p. 2. de Except. cap. 21. n. 7.* Remansit in judiciis satisdatio vel cautio de prosequenda lite, restituendis in casum succumbentiæ expensis, ut de plerisque judiciorum Ordinationibus testatur *Zanger. d. l. n. 13. & ex* Monasteriensi Ordin. *tit. 6.* Brunswic. *tit. 13.* Pomeranica *tit. de caut. judic. sisti.* apparet, & hodie hujus solet esse usus, ut peregrinus caveat, submissurum se judicio & eligat certum locum, ubi citetur, *Damboud. c. 99. n. 6. Hillig. l. 23. cap. 9. lit. Z. Christin. Vol. 2. Decis. 145. n. 13.* Groenwegen *ad §. 2. Inst. de Satisd. Hering. de fidejuss. c. 10. n. 117.* & hæc Satisdatio in Reconventione post conventionem instituta potest pro expensis peti. *Carpzov. d. Art. 5. n. 181.* In Processu legis diffamari non diffamatus, sed diffamator præstare debet, quando agere vult, *Carpz. d. Art. 5. circa finem.*

Jure

tized by Google

Jure Saxonico duo promittere, & de eo cavere tenetur: 1. de 4
Expensis. 2. de Reconventione, de quo Dd. Saxonici passim. Ex quo procul dubio fluxit, quod apud Pomeranos *per d. tit.* & apud nos etiam passim satisdatio super expensis & Reconventione peti soleat, quod ultimum intelligo maxime in eo casu, quando Reconventio ex calumniosa mota lite opponitur, ubi reconventio simultaneo processu gaudere nequit per *L. Siquidem. C. de Injur.* Præstito juramento paupertatis ab Actore, cautio tamen hæc 5
præstanda. *Carpzov. lib. 2. Resp. 81.* non quidem super expensarum restitutione, sed super Reconventione. *Carpzov. d. art. 5. numer. 39. & seqq.* De hac Cautione pro reconventione & expensis quæritur: An fidejussor etiam teneatur pro judicato, in quod condemnatur in Reconventione Actor? Et non teneri statuit *Carpz. l. 2. R. 83.* quia hæc cautio est de Judicio sisti, ideoque extra terminos suos extendenda non est, licet aliter *Modestin. Pistor. p. 3. q. 15.*

Reus cavere debet, se in judicio usque ad finem permansu- 6
rum, & sententiæ ferendæ adesse velle *§. 2. J. de Satisdat.* Cautio vero de judicato solvendo ab usu recessit, *d. §. 2. Hering. de fidej. c. 10. n. 108. Umm. d. disp. 9. n. 14.* licet defensurus alium hanc Cautionem præstare teneatur. *L. Qui proprio 46. §. 2. ff. de Procurat.* In criminalibus, quando reus salvum conductum vult impetrare, debet præstare cautionem de judicio sisti, non vero de judicato solvendo, & ideo, si fidejussores reum non sistant, ad poenam pecuniariam tenentur. *Carpz. q. 112. n. 85.* Et exigua inter Jus Civile & Saxonicum hac in 7
re differentia esse videtur, cum etiam Jure Saxonico Reus, qui de fuga suspectus, præstare hanc cautionem teneatur, *Zang. d. cap. 21. n. 48. & Carpz. de Proc. tit. 9. art. 5. n. 5. & l. 2. Resp. 79.* nec jure civili aliter Reus cavere debet. Si de re mobili lis, Reus satisdare cogitur de re exhibenda, & non alienanda nec dissipanda, *Valasc. consult. 66 n. 15.* aut rem apud officium deponere tenetur *per L. 16. in fin. ff. de offic. Præsid.* qua de re dubitat tamen *Umm. disp. 9. n. 15.*

Procurator Actoris vel Rei, exhibito mandato perfecto, satis- 8
dare non tenetur, qua de re in *§. 3. & 4. J. de satisdat.* Si vero defectus aliquis in mandato exsurgat, hic per satisdationem Procuratoris,

ris, qui de rato cavet, suppletur per *L. 1. C. de Procur. Vasq. part. 2. l. 2. controv. cap. 16. n. 3. Barbosa in L. Divortio. §. Interdum. n. 34. ff. sol. matrim. Donell. lib. 18. cap. 12.* aut si Principalis non habeat bona immobilia, procurator cavebit, *Carpz. d. art. 5. n. 49. Wesenb. in π. de Pro. urat. n. fin.* quod in procuratoribus Universitatis etiam, exhibito pleno mandato, necessarium esse volunt *Berlich. part. 1. concl. 20. n. 37. Carpz. d. art. n. 53.* quorum rationes in Syndicis Collegiorum bene procedunt.

9 A cautione autem præstanda immunes sunt immobilium bonorum possessores, si in eadem Provincia eadem possideant. *L. 7. §. 1. qui satisd. cog.* Licet non in eadem civitate, imo si sub eodem Principe, lic . non in eadem provincia, nec sub eodem Tribunali, *Carpz. d. art. 5. n. 70.* licet alibi domicilium habeant. *Carpz. num. 90. & seq.* Si autem aliquis possessionatus sub initio litis, bona tamen sua postea vendat, ex post facto satisdationem recte petere posse Reum, traditur *per l. 10. §. 1. ff. Qui satisdare. l. 4. ff. de Prætor. Stip. Carpz. d. art. num. 69. & seq.* Sed contrarium videtur probari *per d. l. 15. §. ult. h. t.* ut & ad textus allegatos potest responderi, quod de fidejussoribus loquantur. *Conf. Carpz. p. 1. Jurispr. for. C. 5. d. 11. Mev. p. 5. dec. 8.* Liberat autem possessio bonorum actorem, licet bona sint Emphyteutica, vel feudalia, vel obærata, & similia, quæ probantur ex *L. 15. h. t.* Idem in possessore annuorum redituum realium, qui immobilibus accensentur, *L. 14. C. de SS. Eccl.* de quo *Carpzov. part. 1. const. 5. passim. & d. art. 5. num. 711. & seqq. Berlich. part. 1. concl. 20.* Qui ex re immobili præstantur, & sunt fructus rerum immobilium, ideoque hoc ad annuos reditus reales est restringendum, (præsertim irredimibiles & irreluitivos.) Nam redituum personalium alia videtur ratio. *Confer. Gail. l. 2. obs. 10. n. 6. Köppen. decis. 24. n. 4. Myns. c. 3. observ. 6. n. 3. Carpz. part. 1. C. 5. d. 16. Franck. res. 1.* Idem videtur dicendum de eo, qui habet actionem realem, ad rem immobilem sc. *arg. l. 15. §. 4. ff. Qui satisdare. Carpz. d. Artic. 5. n. 115.* eadem ratio pecuniæ hereditariæ esse videtur, si dies nondum cessit, *Carpz. d. l. num. 120.* spes vero succedendi ob simultaneam investituram a cautione non liberat. *Carpz. d. l. num. 148.* Possessio rei litigiosæ, si de

reea

re ea cum tertio lis, exonerat Reum a præstatione cautionis de judicio sisti: Non vero qui possidet rem quæstionis, *Carpz. num. 155.* Usumfructum non liberare dicitur *in d. l. 15. §. 1. in fine*, quod limitat *Carpzov.* in foro Saxonico, ubi non habetur ratio perceptorum fructuum, sed culturæ. Sed quid si Usufructuarius nondum subacto agro, litem moveat: Ideoque hoc, an usufructus in foro Saxonico sufficiat, melius arbitrio Judicis committitur, sicut alias non sufficit quælibet rei immobilis possessio, sed ea, quæ præsumptionem fugæ excludit pro arbitrio Judicis. *Hill. d. l. 23. c. 9. lit. G.* An autem possessor hypothecæ *ex l. ult.* teneatur? Videtur ea sententia probari posse ex voce *Cautionis*; & ratione decidendi *in d. l. 15. §. ult. l. 3. C. de Adm. Tut. Nov. 123. c. 21. §. ult.* Conf. *Hillig. l. 23. cap. 9. lit. I.* de consvetudine fori Saxonici, aliorumve locorum sententia negans concedi potest. De tabernam habente mercatore, quod scil. liberetur a cautione, tradit *Berlich. part. 2. dec. 292.* Nam licet merces alias inter immobilia non referantur. *P. Heig. p. 2. Q. 15.* Si tamen quis tabernam in loco publico habeat, in qua merces plures, quibus illa non facile exhauriri possit, vice immobilium hactenus haberi possunt. *Damboud. c. 99. n. 9. & quos citat. Hillig. l. 13. c. 9. lit. F.*

Parentes cum filiis litigantes hac cautione non exonerantur. 10 *l. 2. §. 2. ff. h. t. Carpz. d. art. 5. n. 58. & seq.* Qualemcunque tamen acceptare tenentur, scilicet, quantum ad facultates, *l. 2. §. 4. ff. Qui Satisdare.* non si mulierem, Minorem, militem dederint & similes, *Hillig. d. c. 9. lit. L. Hering. c. 8. n. 95.* Debent autem fidejussores alias præditi esse facultatibus, præprimis 1. immobilibus. 2. Conveniendi facilitate. 3. Idoneitate, i. e. si non sint alterius fori, vel privilegiati, vel rixosi &c. *vid. Hering. d. c. 8. n. 52. & seq. Hillig. d. c. 9. lit. M.*

Præter has autem cautiones tam Actor quam Reus non in 11 judicio tantum, ut quando procurator initio processus nondum perfectum mandatum habet, de mandato exhibendo cavet, *p. 1. concept. Ord. Camer. tit. 33.* Bluhm. *de J. Camer. tit. 67. n. 57.* sed etiam extra judicium cavere tenetur ob minas præcedentes, etiam possessionatus de non offendendo. *Wesenbec. in C. h. tit. per L. Denunciamus. 4. C. de P. P. lib. 1. cap. 2. Cavall. qu. 34.* Cautio de non

O 3 offen-

offendendo ob minas, pendente judicio, vel non pendente, illatas præstari jubetur, vel instante parte, vel etiam ex officio Judicis, *Farinac. Quæst.107. part.1. Artic.2.* modo metus sit justus, nec vanus. *Farinac. n.16.* Et petens interdum ad Juramentum, quo minas probet, admittitur, *Christin. ad Stat. Mechlin. tit.4. art.1. num.4.* & potest comminator, si non repererit fidejussorem, ad cautionem juratoriam admitti, si sit bonæ famæ. *Farinac. q.107. p.1. art.2. n.41.* Quando autem per mandata offensio prohibetur, debet addi pœna, in quam contra faciens, non secus, ac si cavisset, condemnandus est, *Farin. d. quæst 107. n.13.* in Camera sub pœna Banni, *Gail. de P.P. l.1. c.2. n.11. & seq.* licet in Camera loco cautionis mandata de non offendendo decernantur. *Gail. l.1. obs.4. Mindan. lib.2. de Mand. cap.33.*

12 · Sed quoniam opposita Exceptio Satisdationis solet hodie esse medium differendæ litis, ideoque notandum primo, quando Judex præsumtive scit animo frustrandi & differendi exigi, ut quia nulla Præsumptio fugæ in Actore, vel causam habeat agendi &c. posse hanc exceptionem ex officio rejici. *Moller. part.1. const.5. n.8. Pruckmann. consil.34. n.72. part.1. Mevius. p.2. dec.16. & p.5. dec.5.* Et poterit judex, quando suspicatur cautionem super reconventione frivole peti, de causa reconventionis interrogare reum. *Mevius ad*
13 *jus Lubec. l.5. tit.3. art.3. n.24. & p.3. dec.22. & p.4. n.166.* Et ideo Judex in dubio debet illam sententiam apprehendere, quæ Actorem a satisdatione relevet, v. g. quando quæritur, an Actor depositione instrumenti debiti possit satisdationem aliam evitare, hoc indubitanter affirmandum cum *Carpzov. d. art.5. n.138.* Item quod diffamatus ad judicium provocans non teneatur præstare cautionem. *Hering. de fidejuss. c.10. n.136. Carpz. d. art.5. n.195.* Item non teneri aliquem sua bona obligare, ne alias occasio præbeatur requirendi etiam consensum Magistratus loci, ut de consvetudine ubivis locorum testatur *Berlich. d. concl.20. n.51. Carpz. d. art.5. n.84.* qua statue tamen consvetudine dixerim *cum Carpz. d. art. num.69.* si Actor alienaverit post litem contestatam bona immobilia, de novo teneri cavere. *arg. l.15. §.fin. h.t. contra Berlich. d. concl.30. n.3. & seq.*

Hinc

Google

Hinc periculosa Sententia *ejusd. Dn. Carpzovii d. art. n. 30.* Acto- 14
rem, cui nec fidejussores, nec pignora suppetunt, non aliter admittentis ad juratam cautionem, nisi sit vitæ integritate conspicuus & probatæ existimationis: nam licet hæc limitatio in cautione usufructuaria recte adhibeatur, hic tamen non puto obtinere. Nam si hoc certum, aut ille, qui talis non est, in totum a judicio repellendus, aut tam diu ob actionem civilem & pecuniariam ab eo institutam in carcere detinendus, quorum neutrum juris rationi congruit. Sed si a Reo exigatur cautio de Judicio sisti: tunc forte non iniquum videri posset, si causa gravis & periculosa, ut tamdiu reus detineatur, donec caveat. Nam licet favorabiliores partes rei, quam actoris, id tamen de decisione intelligendum, non de judicio constituendo, nam si reus aufugiat, elusorium est judicium, & actor de sorte periclitatur, si actor se subtrahat, reus tantum de expensis periclitatur. Quod & tunc verum, si de non offendendo cavere debeat, & ob levitatem ejus fidei credi non possit. *Hering. de fidejuss. c. 18. num. 109.* Sicut & sequestratio ob fugæ suspicionem facta, non tollitur per juratoriam cautionem, quando jurare volens est suspectæ fidei. *Gail. l. 2. c. 148. n. 6. Coler de Process. Execut. p. 3. c. 11. n. 95. Mynsing. c. 2. obs. 11* Ideoque priora de cautione ab actore præstanda, intelligenda sunt.

Cautela etiam hac uti potest, ut Actor disputationem super 15
satisdatione evitaturus ab initio statim juramentum calumniæ deferat Reo, nisi cedere velit, ut ita metu Numinis a calumniosa hac exceptione deterreatur Reus, cujus clausula de evitandis exceptionibus frustratoriis: Daß sie alles / was sie vorbringen und begehren / nicht aus Gefehrde oder böser Meynung / noch zu Uffschub und Verlängerung der Sachen / sondern allein zur Nothdurfft thun. *Recess. Imper. de Anno 1654.* §. Uber dieses verordnen Wir / &c.

Prudenter etiam facit Actor, si, ubi senserit, se non habere 16
bona, quæ ab onere satisdationis ipsum liberare possent, vel licet habeat, rem fore controversam, ipse offerat satisdationem, & ita maturet contractum. Nec Judex permittet, ut Actor pro lubitu quantitatem cautionis determinet, sed id Judex ex arbitrio suo pro

ratione

ratione rei petitæ determinabit, refectis super hac re partium certaminibus. *Wesenb. in π. Tit. qui satisd. cog. n. fin. Carpz. d. art. 5. n. 43. Mev. p. 4. dec. 165. & p. 3. dec. 111.*

17 Demum debet Judex Reum, qui sine gravi causa satisdationem exigere non est veritus, & per hoc Processum remoratus est, in expensas parti mulctasque judici persolvendas condemnare, sicuti *in praced. cap.* in genere de Except. dilatoriis dictum, &c.

CAPUT IX.
DE
INTERROGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *An Interrogationes hodie in usu.*
2. *Earum utilitas, n. 3. & 4.*
5. *Quando non tenetur respondere reus Interrogationibus n. 6.*
6. *Qua non respondentis pœna.*

1 INterrogatoriæ Actiones, quæ ex interrogationibus dabantur, in usu quidem esse desierunt, *l. 1. §. 1. h. t.* Interrogationes tamen hodieque a Judice ad instantiam partis fieri possunt, ne judicium elusorium sit: Nam confundunt Doctores sæpe Interrogatorias actiones, & interrogationes. Licet autem ad personales actiones interrogationes a nonnullis restringantur, dubium tamen movet *l. 36. pr. ff. de Rei vind. & l. 20. §. 1. h. t.* quæ de personali actione non sine violentia intelligitur. Nec credimus *Grænwegio ad l. 36. de Rei Vind.* Sic Actor potest petere, ut interrogetur Reus, an heres sit & pro qua parte. *l. 5. ff. de interrog. act. Hackelm. in ff. disp. ult. part. 2. th. 9.* Sic acturus Rei vindicatione, potest interrogare Reum, an rem possideat, an vero non, ut Actor non cogatur utrumque probare, & citius absolvatur judicium. *Hackelm. d. l. Borell. Tom. 2. decis. tit. 17. num. 10.* Item an ædes possideat, & pro qua parte, *l. 10. ff. d. t.* an sua sit quadrupes, *l. 7. d. t.* an peculium penes se teneat. *l. 9. §. fin. ff. d. t.* an in potestate habeat eum, de quo noxaliter agitur, *l. 5. d. t.* & quæ similia

Google

similia æquitas judici suppeditat, ne frustra agat Actor, & Judices frustra fatigentur, Et id quidem ante litem contestatam, quando 2
fit interrogatio ad litem præparandam, cum agere volens dubitat, contra quem experiri debeat, *Lancell. de Offic. Prætor. tit. de interrog. n.3. pag. 441. Menoch. l. 2. A.J. Q. cas. 51. n. 2. & 3.* sed quoad declarationem exortæ dubitationis etiam post conclusionem in causa Judex interrogare potest *per L. Ubicunque. ff. de interrog. act. & l. 9. C. de Judic. Maranta part. 6. Membr. 7. n. 3. Schrader. de Feud. part. 10. n. 27. Zasius in d. l. 9. n. 17. Tom. 4. Menoch. de cas. n. 18. & seqq.* In summariis autem semper indistincte interrogare licet, *Menoch. d. l. n 40.*

Quamvis autem hodie Interrogationes non fiant frequenter, 3
promoveret tamen Judex justitiam, si interdum fieretu. Nam necessariæ circumstantiæ interdum in Actis non deducuntur, vel ex negligentia Advocatorum, vel quod eas Judici notas esse existiment, non animadvertentes, non statim id, quod judicibus, qui Processum dirigunt, notum est, etiam Collegio, ad quod pro ferenda sententia Acta transmittuntur, notum esse. Hinc error sæpius fluit in conceptione sententiæ, vel etiam interlocutoria tantum sententia fertur, cum tamen, si circumstantia una vel altera expressa fuisset, definitiva ferri potuerit, quod me exempla plurima docuerunt.

E re igitur foret, ut Judex etiam post conclusionem in causa Acta 4
perlegat & inquirat, an super una vel altera circumstantia dubitatio aliqua judici suboriri possit, ne sententia erronea, vel interlocutoria sequatur, cum judicia non debeant inutilibus litigiorum protelationibus fatigari. Semper igitur Judex debet modis omnibus, etiam interrogando, eruere veritatem, & erutam ad lucem producere. *Amator Rodriguetz. de modo Processus cap. 11. n. 17.* Sed judices Acta non solent perlegere, sed curam hanc Protonotariis commendant, & ita Acta manca, imperfecta, obscura ad Collegia transmittunt, hinc tot errores in sententiis, hinc toties interlocutoriæ præter votum litigantium redeunt. Non enim Oedypi sunt Judices, qui omnium factorum circumstantias suo ingenio eruere possint.

Quando autem interrogationibus quis non respondere cogatur, 5
eos casus tractat *Lancell. d. l. n. 4. & seq.* E. gr. ubi 1. quis non tenetur

invitus judicium pati. *L. Sed & si. 28. §. 2. ff. de judic.* 2. si interrogetur de jure suo, quo rem possidet, *L. Cogi. C. de petit. hered.* nisi præsumptio juris possessioni resistat, ubi de jure suo tenetur respondere. *Carpz. p. 1. Jurisprud. Const. 16. def. 21.* 3. Si de propria turpitudine interrogetur, nisi certet de lucro, *Berl. p. 1. dec. 26.* 4. Si de animi intentione interrogetur. 5. Si interrogatio sit impertinens. 6. Si interrogetur in præjudicium tertii ad futuram actionem fundandam. *Mev. p. 3.*
6 *dec. 388.* Si reus autem vel Actor respondere nolit, potest judex procedere in causa, ne per hanc disputationem Processus protelettur, & eum, qui noluit respondere, si per hoc Processus fuit protelatus, potest condemnare in expensas retardati Processus, licet victoriam reportaverit. *Maranta d. membr. 7. n. 2. &c.* Jure Camerali nolens respondere ob contumaciam habetur pro affirmante vel negante, prout alterum ipsi nocivum, *L. De ætate. 11. §. 4. ff. de Interrog.* quod alia judicia merito sequuntur. *Conf. Barb. ad L. Qua dotis. 33. ff. Sol. matr. n. 157.*

CAPUT X.
DE
RECONVENTIONE.
SUMMARIA.

1. *Effectus Reconventionis. & n. 2.*	11. *Quando proponenda.*
3. *Qui possunt reconvenire.*	12. *Forma processus.*
4. *Coram quo judice. & n. 5.*	13. *An satisdatio exigenda.*
6. *An coram judice feudali?*	14. *Effectus Reconventionis.*
7. *An coram judice Appellationis.*	15 *Remedia varia contra abusus Reconventionum, & n. seqq.*
8. *Qua causa, & n. 9. & n. 10.*	

1 RECONVENTIO sive mutua petitio duplicem effectum habet: 1. Quod Actorem jurisdictioni judicis Rei subjiciat. *L. cum Papinian. 14. C. de sentent. & interloc. omn. judic. l. 22. ff. de judic.* 2. Quod utraque actio uno Processu determinanda, & ferenda sit una sententia, *cap. 1. & 2. X. de mut. petit. Ord. Cam. part. 3. tit. 39. Umm. disp. 10. n. 1.* quæ tamen sententia una dicitur respectu materiæ circa quam, & debet sententia prius ferri in causa Actoris, deinde in causa Rei. *Molignatus*
2 *de Reconvent. c. 89.* Unde si in causa Conventionis appelletur, non ligatur

gatur manus judici in causa Reconventionis, *Molignatus d. l.* illa Reconventio, quæ primum tantum effectum habet, improprie talis dicitur, ut quæ in foro Saxonico etiam reperitur, sed quæ etiam secundum effectum habet, proprie talis est.

Reconvenire alias possunt Rei omnes, qui modo facultatem agendi habent, *c. 5. in fin. de Except.* ideo non potest excommunicatus. *Molign. q. 18.* 3

Reconveniri possunt Actores omnes coram judice non suo, sed Rei, quod etiam de Clericis & Studiosis affirmant *Molign. de Reconvent. q. 32. Hill. in Donell. l. 7. c. 18. lit. M. Vallens. in tit. de mut. petit. §. 1. n. 3. Barbosa in l. 29. n. 82. ff. de jud.* quia hæc prorogatio non est hominis, sed legis, eaque sententia recepta teste *Wammes. cap. 5. l. 1. conf. 72. n. 3. Christin. v. 4. dec. 91. n. 7. & dec. 222. vol. 5.* & eo casu Clericus Statutis laicorum tenebitur, *Christin. d. dec. 91. n. 8.* licet aliud velint in delictis Clericorum per *c. un. de Conjug. Cleric. Barbosa d. l. n. 87.* Sed Legati, si in loco Legationis injuriarum agant vel furti, reconveniri non possunt. *l. 2. §. 5. & ibi not. ff. de jud.* 4

Coram omni judice etiam licita est Reconventio, etiam delegato, *c. 2. d. t.* nisi utriusque consensu vel motu proprio Principis datus Judex: nam tunc cessaret ratio *d. L. Cum Papinianus.* quæ videtur esse sententia communiter recepta, *Wurms. lib. 1. tit. 12. obs. 3. Trentsc. de mut. petit. lib. 2. resol. 1. n. 46. Sichard. ad d. l. 14. n. 8. Vallens. in d. t. §. 2. n. 1. Petr. Barbos. ad l. 29. n. 42. de judic.* licet dissentiant *Menoch. de Arb. quæst. qu. 44. n. 6. Gisebertus de Reconvent. cap. 25. & Hillig. l. 17. c. 18. l. M.* non vero coram arbitris; eo, quod mutuo consensu eligantur, *cap. 6. X. de Arbitr.* nec coram judice, qui specialem ad certas causas adstrictam jurisdictionem habet, ut Collegium Mercatorum. *Gail. lib. 2. observ. 20. n. 9. Maranta part 4. dist 6. n. 28.* 5

Hinc quæritur, an coram paribus Curiæ, seu judice feudali possit institui Reconventio de pecunia aliunde debita? quod quidem affirmat *Wammes. conf. 72. n 5.* verius tamen id negatur, cum non habeant generalem jurisdictionem pares curiæ, nisi in feudalibus, *Mynsing. Cent. 4. obs. 90. Christin. dec. 20. num. 1. vol. 5.* nisi Reconventio causam feudalem etiam concernat. *Gisebertus de Reconventione. cap. 26. num. 14.* 6

7 *num. 14. seqq.* Neque coram Judice Appellationis, cum restricta hujus cognitio. *C. Pastoralis. X. de offic. Ordin. Ummius d. disp. num. 20.* Nisi appellatum sit ab interlocutoria, & lis nondum contestata, nam si tunc judex male judicatum dicat, tota causa ad judicem ad quem devolvitur, *C. Dilectus. X. de Appellat.* ideo tunc licita Reconventio, *Molignatus d. t. q. 35.* licet generalius id affirmet *Mev. p. 5. dec. 356. Conf. Mindan. l. 3. c. 6. n. 15.*

8 Omnes etiam causæ admittunt Reconventionem, etiam summariæ, *Clem. Sepe. de V. S.* nisi causa celerem expeditionem requirat, ut causa Electionis, Alimentorum, Spolii, Depositi, Mandati sine clausula, & simil. *Molignat. q. 41. Ummius d. l. num. 14. Trentac. d. l. num. 14. Tusch. concl. 61. lit. R. num. 15. Menoch. d. §. num. 5.* In causa Spolii non datur reconventio, non tantum ob eam causam, quod ea celerem expeditionem requirat, sed etiam quia spoliatus ante omnia est restituendus. Sed hoc temperant, nisi ipse reus agat de spolio ab Actore commisso in re non eadem, sed diversa. *Meichsn. t. 3. dec. 13. n. 241. Surdus. cons. 166. n. 5. Petr. Barbosa ad l. 2. §. Legatis. n. 251. & ad l. 37. n. 185. & seqq. de jud.* His causis adnumerantur instrumenta gvarentigionata recognita, quæ executionem paratam inferunt, *Molign. q. 41.* sicut etiam, qui relaxationem arresti petit, oblata cautione de stando juri & judicato solvendo reconveniri nequit, quia non est judicium, sed præparatio ad judicium. *Wammes. vol. 1. cons. can. cons. 72. n. 2. & 3.* Excipitur causa depositi sc. Confessi, quia nulla datur exceptio, ergo nec reconventio. Si vero causa reconventionis Ordinariam & pleniorem causæ cognitionem requirat, quoad effectum primum quidem reconventio locum habet, sed non quoad secundum, id est, tenetur stare coram eodem Judice, sed non simul expeditur, nisi consentiente parte utraque *Barb. in d. l. 29. n. 37. de judic. Mind. l. 3. de Mandat. c. 7. num. 7. Mantua ad c. 1. n. 21. X. h. t.* Schwartzenthaler *de Process. l. 1. tit. de Reconvent. c. 4. n. 2. Maranta d. dist. 6. n. 38. Vallensis d. §. 2. n. 2.* licet alii reconventionis causam assumere tradant naturam conventionis. *Alex. Trentac. de mutuis petit. resol. 1. n. 65. Salgado in Labyr. Cred. p. 1.*

9 *cap. 16. n. 38.* Respuunt etiam causæ eæ reconventionem, quæ non admit-

Google

admittunt prorogationem & quæ regulariter cognitioni judicis or-
dinarii sunt exemptæ, ut Criminales, Matrimoniales & Feudales;
Maranta d. dist. 6. n. 33. Barbos. d. l. n. 79. Hillig. d. cap. 18. lit. O. cum
nemo supra suam jurisdictionem jus dicere possit, *Carpz. tit. 6. art. 3.*
num. 31. licet judex conventionis ad certam summam restrictam ju-
risdictionem habens, super reconventione amplioris summæ ju-
dicare possit. *l. 11. §. 1. de jurisd. Wammes. vol. 1. cons. 71. num. 2. Um-*
mius ad Proc. c. 10. num. 12. Criminaliter etiam conventus, crimi- 10
naliter accusatorem reconvenire nequit per *L. 5. ff. de publ. judic.*
nisi accusatus suorum injuriam accusando vindicet, vel si ex reac-
cusatione oriatur exceptio peremptoria, si de crimine majori, aut
præjudiciali, si crimen connexum, vel si tantum reconventionem in-
choare velit, non persequi, vel si tantum denunciet per *L. 1. & 19. C.*
qui accus. non poss. Menoch. lib. 1. Arbitr. I. Q. Casu. 184. Decian. Pract.
Crim. lib. 3. cap. 24. num. 10. & seqq. Barbosa ad d. L. 29. num. 63. &
seqq. Schwartzenthaler *d. tit. cap. 4. n. 4. Vallens. d. §. 2. n. 3.* imo ne
civiliter quidem reconvenire accusatus accusatorem potest. *arg. L.*
fin. C. de Ordin. judic. Farin. qu. 100.

Proponenda autem est Reconventio statim ante litem conte- 11
statam aut post litem contestatam, uno actu continuo, si simul cum
causa conventionis tractari debeat; & sic hodie, cum lis in primo
termino contestanda cum exceptionibus dilatoriis, ut supra dictum,
& infra dicetur, utique in primo termino etiam Reconventio pro-
poni debet, postea si opponatur, habet quidem privilegium pro-
rogationis judicis, sed non simultanei Processus, quæ sententia ut
communis, ita in *Cam. Ordin. part. 3. tit. 30.* approbata, *Zanger. de*
Except. part. 2. cap. 1. n. 383. Barbos. ad d. L. 29. n. 20. de judic. Hillig.
d. cap. 18. lit. T.

Forma Processus Reconventionis est, ut per vices expedian- 12
tur actus in Causa Conventionis & Reconventionis, nisi pericu-
lum moræ in una aliud suadeat, *Panorm. c. 1. h. t. n. 7.* aut nisi prius
de una liqueat, quo tamen casu sententia de ea causa, de qua li-
quet, suspendenda, si nullum periculum in mora. *Vid. Thoming. de-*
cis. 16. Menoch. d. Casu 184. Maranta d. dist. 6. num. 11. Mynsing. Cent. 1.

observ. 10. & Ummius d. l. num. 21. Modest. Pistor. cons. 10. num. 14. 13 lib. 1. Mevius ad jus Lubec. l. 5. tit. 3. art. 3. num. 3. Et in hac causa Reconventionis potest Actor exigere satisdationem, *Carpzov. part. 2. Const. 5. def. 24.* non pro reconventione nova, sed pro expensis in Reconventione factis. *Carpzov. d. l.* Nam Reconventionis Reconventio non datur, quia Actor sibi imputare debet, quod ab initio eas actiones, quas sibi competere scivit, non intentaverit. *Mind. l. 3. de Processf. d. c. numer. 16. Gisebertus c. 7.* Sed hoc limitant, nisi posterior Reconventio ex Reconventione oriatur, & ei sit connexa. v. g. Convenis me ex mutuo, ego te reconvenio ex empto, tu me iterum de Evictione. Vel convento te ex mutuo, tu me ob vulnerationem reconvenis, ego te convenio ob vim illatam ædibus. Vel convenio te actione locati, tu me reconvenis actione commodati directa, ego te contraria. *Mind. d. l. num. 17. & Ummius disp. 10. num. 6.* Sed in omnibus his & similibus exemplis, quod per secundam Reconventionem volo petere, per retentionem & Exceptionem consequi possum.

14 Effectus Reconventionis est, ut audientia Actori denegetur, nisi respondeat, *Maranta d. l. numer. 9. Trentac. num. 7. Molign. quæst. 96.* si scilicet suo nomine agat. Nam qui alieno nomine agit, ut Tutor, Procurator, Prælatus, non possunt suo nomine reconveniri, *l. pen. ff. de Compens. Carpzov. d. l. num. 25. Molignat. quæst. 17. Salgado parte 2. cap. 22. numer. 98. Berlich. part. 1. Conclus. 22. numer. 13.* aliud in cessionario ex causa voluntaria constituto, *l. 33. §. fin. de Procur.* præcise autem compellendus non est, si non tantum instantiæ, sed etiam actioni & liti plane renunciare velit, quod ei licet *arg. L. 4. C. de pact.* cum *Auth. Qui semel. C. Quomod. & quand. judex.* de differente agat, non renunciante. *Gilken. in L. 3. C. de Edend. numer. 141. & seq. Ummius d. disput. 10. numer. 9 in fin. Menoch. quæst. 44 numer. 5.* Aliud enim est renunciare instantiæ, & hæc renunciatio concessa non est, *Auth. Qui semel. C. Quomodo & Quando &c.* aliud renunciare causæ & actioni, & hoc permissum est regulariter. *Gilken. in L. Edita. 3. C. de edendo. num. 143. Donell. ad d. l. 3. n. 19. & l. 23. c. 5. & 16.*

Google

& ibi Hilliger. lit. I. Ergo hoc casu intercidit reconventio, sal-
va tamen restitutione expensarum, *argum. lib. 79. de judic.* & sal-
va nova Actione. Sed quoniam Reconventionibus hodie multi 15
abutuntur ad litem protelandam & undique actiones quærere, &
lites redimere, ut modo Actori negotium facessant, interdum et-
iam contra *L. Per diversas. & seq. C. Mandati* peccare solent,
ideo de remediis quærendum. *Primum* est, ut Reconventio pla- 16
ne aboleatur, nisi quoad effectum juris prorogativum, & quidem
in connexis causis, ut Reconventio quidem concedatur, in causis
tamen tantum connexis, & quæ ex una origine profluxerunt, sed
non nisi finita lite prima ventiletur, nisi in mora periculum ani-
mæ, vel vitæ, vel fortunarum. Causæ connexæ autem hic dicun-
tur, quæ ex eodem contractu, vel ex eodem fundamento ac in-
strumento nascuntur, quam descriptionem tamen non sufficere
putat *Mindan. de Contin. Causæ c. 6. Carpzov. num. 34.* Ideoque
connexa dici potest, quæ non potest commode separari, sed quæ
commodius judicio conjungitur. Et hoc remedium adhibuerunt
Saxones, de quo prolixe agit *Carpzov. part. 1. const. 7. def. 7. &
seq. & in Processʃ. tit. 6. art. 1.* Idem in Gallia *Paponius ad con-
suet. Burgund. §. 88. in fin.* quam refert *Parthen. litig. lib. 2. c. 13.
n. 11.* *Alterum* est, ut Reconventio quoad simultaneum Processum 17
possit a judice, si velit, denegari, ad confusionem vitandam, nisi
in causis connexis & cognatis, ubi una actio ex alia lucem acci-
pit, quam sententiam etiam in jure communi veriorem esse, sta-
tuunt *Gisebertus in Tr. de Reconvent. cap. 21. & Mindan. d. lib. 3. cap. 7.
membr. 7. num. 14.* quamvis id jure Communi recte videatur refelli
ab *Ummio d. l. num. 21.* cum textus juris Communis sint generales
in *l. 1. §. ult. ff. quæ sentent. sine appell. & c. 1. X. de Mutuis petit.* nec
illi inter conjunctas & disparatas causas distinguant, idque probe-
tur per *Ordin. Cam. part. 3. tit. 30.* ubi si Reconventio sero proposita,
prohibetur simul ventilari: Jure tamen municipali id salubriter
puto statui posse, quod etiam ita cautum est in *Ordin. Judic. Co-
mitatus Spanheim. tit. 27. & Monaster. Ordin. tit. 8. ibi:* Daß die
Gegenklag dieser Sachen anhängig oder daraus fliesse/ oder in an-
dere

dere Weise dieselbe betreffen thäte. Idem in *Ordin. Brunswicens.*
18 *tit. 33.* *Tertio* potest reconvenienti juramentum calumniæ, &, si
in jure cesso, ut solet fieri, se fundet, potest ipsi super hoc juramen-
tum deferri, quod nihil egerit contra legem Anastasianam, scil. si
Contractus vel tituli justi in instrumento mentio facta, nec id
sit publicum. Nam si nullus ex documento titulus appareat, nul-
la & vitiosa cessio. *Trentac. lib. 2. tit. de Action. Ref. 2. numer. 1.*
19 *Klock. consil. 136. num. 14. vol. 3. Quarto*, si Reconveniens (Nach-
kläger) in sua reconventione probanda moras nectat & Actor
(Vorkläger) suam intentionem probaverit, possunt causæ hæ se-
parari, & in causa conventionis prius pronunciandum, quod a
judice fieri posse, notat *Johan. Andr. ad Speculat. tit. de recon-
vent. §. 4. numer. 5. & Thoming. d. decis. 16. numer. 11* quos citat
Ummius d. num. 21. circa fin. sed dubitant; & hoc specialiter cau-
tum in *Ordin. Comit. Solmens. tit. 19. Francofurt. ad Mœnum tit. 22.*
20 *& Ordin. Butzbacens. tit. 18.* *Quinto*, cum Reconveniens Acto-
ris personam sustineat, & Reconventio mutua sit Actio *per d. l. 14.
Anton. Faber. lib. 2. Cod. tit. 1. def. 6. num. 3. Carpzov. part. 1. Const. 7.
def. 13.* ideoque quæ supra potissimum ex Recess. Imper. noviss. de
libello dicta, quod una cum illo etiam documenta & probatoria ad
maturationem causæ transmitti utile sit, illud etiam hic ad neces-
sitatem trahendum, & ex officio injungendum, vel etiam statuen-
dum, ut reconventurus alium, documenta & probatoria statim
in duplo offerat, ut exemplar unum in judicio maneat, alterum
vero Actori reconvento tradatur, ut per Reconventionem Actio
prior non retardetur, & pari passu uterque Processus ambulet,
quia hic finis est Reconventionis *per c. 1. X. de mut. petit. Carpz.
part. 1. Const. 7. def. 1. &c.* Sed si citra justam causam repellatur
Reconventio, potest appellari, licet summa per Reconventionem
petita non sit appellabilis, ob interesse, & quia jure communi pro-
vatur, ut tradit *Mevius p. 3. dec. 131.*

CAPUT

CAPUT XI.

DE NOMINATIONE POSSESSORIS ET DENUNCIATIONE LITIS.

SUMMARIA.

1. *Quid sit Nominatio*
2. *Reus non nominans, habetur pro eo, qui se offert.*
3. *Quando facienda Nominatio.*
4. *Quid si nominatus non compareat.*
5. *Quid in iis, qui habent jus in re, ut in vasallis & simil.*
6. *Quomodo Notificatio facienda.*
7. *Quis effectus Nominationis.*
8. *An novo libello opus?*
9. *Annon juramentum malitiæ interdum locum habet?*
10. *Quid si Actor probare velit, reum suo nomine possidere.*
11. *Quomodo a nominatione Domini differat litis denunciatio.*
12. *Quando denunciatio fieri possit.*
13. *Quando coercenda denunciatio calumniosa.*
14. *Quando venditori non possit fieri denunciatio.*
15. *Quomodo facienda denunciatio.*
16. *Quid si plures sint venditores, vel venditoris heredes, quibus denunciatio facienda.*

Quoniam hæc etiam ante litem contestatam fieri solent, de his 1 pauca: & Nominatio quidem est talis Actus, quo is, qui convenitur reali actione, vel in rem scripta, ut actione quod metus causa, vel actione noxali ad exhibendum, quæ personales quidem sunt, sed possessorem sequuntur, item ex remedio possessorio, vel actione spolii, si verum spoliatorem & possessorem velit nominare reus, per tradita *Afflicti dec. 217. Menoch. remed. 15 Recup. poss. n. 485. Hill. l. 20. cap. 3. tit. 1.* allegat, se non suo, sed alieno nomine in possessione esse, & petit, ut judicium a se in possessorem transferatur, v. g. si conductor, vel precario possidens, vel depositarius actione reali conveniatur super re immobili non tantum, sed & mobili, licet *l. 2. C. Ubi in rem actio &c. c. fin. §. fin. X. Ut lite non contest.* tantum de immobili re loquantur, quia tamen eadem videtur ratio, idem etiam jus esse videtur, ut communiter sentire Dd. affirmat *Umm. disp. 11. n. 38. & Berl. p. 1. concl. 24. n. 118.* cum periculo fugæ per sequestrationem, vel cautio-

tionem possit occurri. Sed salva nominatione conventus ad exhibitionem inventarii compelli potest. *Mevius p.5. dec.293.*

2 Quod si autem Reus verum possessorem non nominet, & litem contestetur, licet possessor non sit, habetur pro eo, ac si se liti obtulis-
3 set. *d. l. 2. & l.13. §. 13. de petit. hered.* Ex quo apparet, ante litis contestationem, imo in primo termino hanc esse faciendam *per d. l. 2. ibi: debet statim in judicio &c. Berlich. part.1. concl.24. n 123. & n.140.* Nam si prius exceptionibus dilatoriis eluserit actorem, non admittetur postea nominatio, *Menoch. lib.2. Arb. qu. casu 476. & Remed. recup. poss. 15. n.490 & seq. & Hillig. in Don. d. t.3. lit. I.* quia vocula *debet* necessitatem innuit; Excipitur tamen casus, si justus error probetur. *Menoch. d. casu n.6. & Hillig. d. l.* Superius, scilicet quod nominatio ante litem contestatam fieri debeat, limitat *Berlichius*, non habe e locum, quando nominatio fit non ad declinationem judicii, sed ut possit defensionibus Domini uti, *Maranta part.6. m.2. n.125.* & ut nominatus liti motæ assistat. *Mevius part.3. dec.98.*

4 Postea nominato eoque citato non veniente, discusso summatim judicio, Actorem in possessionem rei litigiosæ mittet judex, reservata absenti possessori nominato actione de Dominio, per *d. l. 2.* salvo tamen ejus jure, qui in possessione est, si quid juris in re prætendat.

5 Si vero Reus habet jus in re, ut vasallus, Emphyteuta, usufructuarius, superficiarius, maritus in rebus dotalibus, Creditor Hypothecarius, & similes, si de jure suo, quod in re habent, conveniantur, Dominum nominare & consequenter judicium evitare non possunt, nisi de ipsa re sive Dominio ac proprietate rei conveniantur. *Dd. in d. l. 2. & Mynf. Cent. 2. obs.58. quos citat Berlich. part. 1. concl.14. n.116.* Scilicet, si actor dicat, se dominium utile & jus possessoris non impugnare, sed jus domini. Alias si actor non tantum jus domini, sed etiam jus vasalli, vel alterius possessoris, quod a dominio directo dependet, impugnet, non debet fieri nominatio, sed denunciatio domino facienda, ut assistat sibi, *Ant. Gamma dec.332.* laudatus *ab Hillig. lit. H.* ubi frustra quæritur, cui impendia ferenda. *Joh. del. Castill. de Usufructu cap.45. n.4.* Si vero actor jus Domini tantum impugnet, & petat a possessore, ut se tanquam Dominum recognoscat, tunc omnino nominatio Domi-

Digitized by Google

Domini locum habebit, qui casus addi potest, ut quartus, iis, quos proponit *Mynſ. cent. 2. obſ. 58. conf. Roſenthal. de feudis cap. 8. concl. 30. in fine.* qui in hoc casu videtur dissentire.

Potest judex statim notificare nominationem nominato, ut si sua 6
intereſſe putet, compareat, & Actori respondeat, quam Practicam, ut maturandæ causæ utilem commendat *Panorm. in d. §. fin. n. 27. Berl. n. 129.* licet notificatio etiam per partem fieri possit. *Vult. ad l. 2. n. 17. laudatus ab Hillig. d. l.*

Facta autem nominatione, 1. interim creditur soli nominationi, 7
nam si falso nominavit, amittit possessionem *per l. ult. ff. de Rei Vind.* nisi nominatio Autoris manifesto calumniosa, nam tunc ea non admittenda, *Menoch. d. rem 15. n. 494. Hillig. Del.* vel si dubitetur, poterit deferri juramentum calumniæ. *Ant. Dellre de juram. calumn. c. 15. n. 183. Deinde* facta nominatione &c. supersedetur in causa, *arg. dd. textuum.* Reus liti eximitur, *arg. d. l. 2. Rosbach. tit. 48. n. 23. & quos allegat Berlich. d. concl. n. 11.* & tandem, facta & probata insinuatione notificationis, & nominato non comparente, habetur lis pro contestata ad effectum interrumpendæ præscriptionis *per d. l. 2. Berlich. n. 134.*

Quamvis autem novum libellum requirat *Follerus ad Marantam d.* 8
tit. n. 9. expeditus tamen est, ut in libello rei tantum nomen mutetur, & ita transmittatur, *Berlich. d. l. n. 133.* & poterunt ad litem abbreviandam documenta probantia, vel Articuli simul transmitti, juxta cautelam, quam *d. Ratiſpon. Receſſ. de Anno 1654.* suppeditat.

Cum etiam Rei interdum absentem nominare soleant vel poten- 9
tiorem, cujus nomine possideant, cautela erit, ut deferatur Reo nominanti juramentum malitiæ, *ut arg. c. 2. de juram. calumn. in 6.* vult *Joh. Andr. ad Specul. l. 2. part. 2. tit. de juram. cal. §. 3. n. 6. lit. E. & Panorm. in d. §. ult. n. 32* & in simili materia statuit idem *Berl. d. concl. 24. n. 20.*

Integrum etiam est Actori, si se posse confidat, facta nominatio- 10
ne, probare Reum non alieno, sed suo nomine possidere, quo probato, Reus possessione statim dejicitur, & Actor in possessionem mittitur, reservata Reo Dominii quæstione, per Practicam *L. fin. ff. de Rei vindic.* sine tamen præjudicio absentis. *Maranta d. l. n. 1. Panorm. n. 49. Berlich. n. 132.*

q 2 Ab

Digitized by Google

11 Ab hac nominatione longe diversa est litis denunciatio, quæ datur ei, qui suo nomine possidet, & locum haber etiam in actionibus personalibus per *Auth. Qua in Provincia. C. ubi de Crim. Zang. part. 2. cap. 2. n. 9. Berl. d. concl. 24. n. 42.* Nam in quibus casibus evictionis præstatio petitur, ibi etiam denunciatio locum habebit, quia actio ad evictionem præstandam tunc demum regulariter datur, quando lis mature denunciata, *l. 8. 27. 28. ff. de Evict. Franzk. ad tit. de Evict. n. 658.* nisi emptor justitiam causæ evincentis probet, *Covarr. p. 3. resolut. c. 17. n. 6. Franzk. d. n. 667.* vel si pacto denunciationis necessitas remissa, *Franzk. n. 676.* vel si per Autoris absentiam vel factum stet, quo minus denunciatio fieri possit. *l. 55. §. 1. de Evict. Conf. Caballinus de Evict. §. 3. n. 46. & seqq.* Deinde quando quis condemnatus habet regressum extra casum evictionis, tunc potest fieri denunciatio, licet non sit necessaria, aut si fidejussor petat citari principalem debitorem, item procurator, qui damnum dedit vicino ex mandato principalis, quasi res esset mandantis. *Auth. Qua in Provincia. C. Ubi de crimin.* Demum si actio concernat non tantum reum, sed etiam jus tertii, cui reus est obligatus, sic subditus vindicatus, potest litem denunciare domino, ut & vasallus. Per denunciationem Reus non eximitur liti, sed litem persequi tenetur, & denuncians pro nudo defensore & assistente habetur, *Caballin. de Evict. §. 3. n. 145. Klock. consil. 21. n. 36. vol. 2. Mev. p. 5. dec. 7.* nisi reus conventus, jus, quod ab Autore habet, abdicare, & Autori suo vicissim cedere velit, hoc enim Actor impedire nequit. *Mevius p. 4. dec. 352. Conf. Carpz. in processu tit. 4. art. 4. n. 11.*

12 Deinde hæc etiam post litem contestatam fieri potest, imo etiam in Instantia Appellationis, modo non prope condemnationem *per l. 29. § ult. ff. de Evict. Covarr. l. 3. resol. c. 17. n. 8. & quos allegat Berlich. n. 80.* nisi agatur de legati evictione. *l. 29. §. pen. ff. de Legat. 2. Maranta part. 6. membr. 5. n. 5. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 2. th. 7. lit. A. Caballinus de Evict. §. 4. n. 9. Franzk. n. 703.* Si etiam probationes per testes factæ publicatæ sint, nec denunciatus novos testes producere potest, quia Autor cum denunciante eadem persona esse intelligitur. *Ant. Faber. in Cod. tit. de Evict. def. 25. Franzk. d. l. n. 702. Umnius d. l. n. 29.*

Verum

Verum quoniam denunciationes sæpe fiunt protelandæ litis cau- 13
sa, utilis foret constitutio, si juberentur ante litem contestatam, quando scil. putant, eam sibi utilem fore, denunciationem facere in judicio, post eam admittantur quidem, sed teneantur prius certam mulctam judici & interesse parti ob retardatum Processum solvere, sicut etiam cautela hic adhiberi posset de juramento malitiæ, ut supra in Nominatione dictum.

Quia autem Venditor non semper tenetur ad evictionem, v. g. si 14
emptor sciens rem alienam, vel hoc onere affectam tamen emat, *arg. l. 27. C. de Evict.* aut si venditor expresse protestetur, se nolle teneri de Evictione, quod fieri solet, quando per aversionem emitur, vel heredes inter se convenerint de non præstanda evictione, *arg. l. 69. pr. de Evict.* ideo si Actor possit in continenti documentis vel testibus tale quid probare, non putarem audiendum esse Reum, denunciationem litis petentem. Sed non obstante tali protestatione, nunciatio fieri posset ad solvendum pretium, vel etiam interesse, si sciens rem alienam vendidit, *l. 11. §. ultim. ff. de Act. Empti.* vel quando notorium est, nullam defensionem Venditori competere, *Masc. de prob. concl. 616. n. 15. & 23.* vel si venditor monitus aperte dixerit, se nolle adesse. *Caballinus d. §. 3. n. 102. Franzk. n. 681.*

Facienda autem est denunciatio judiciali autoritate cum moni- 15
tione, ut liti motæ adsistat, & causam defendat per *d. l. 29. §. ult. ff. & l. 21. C. de Evict.* ut pluribus tradit *Umm. d. l. n. 30. & seq. Franzk. d. l. n. 6 c. 95* & transmisso libello & copia eorum, quæ hactenus acta sunt, ut denunciatus statim se informare & liti adsistere queat. *arg. l. 1. de Edendo Covarr. l. 3. resol. c. 17. n. 3. Caballin. §. 3. n. 38. & seqq. Ummius n. 31. Carpz. de Proc. tit. 4. art. 3. n. 22. & seqq.* Nam de tota lite specialiter certiorandus est denunciatus. *Franzk. d. l. n. 697. Carpz. in Proc. tit. 4. art. 3. n. 22.* Si autem denuncians, qui manere debet in lite, contumax sit, vel transigat, vel non appellat, sibi ipsi, non authori nocet. *Carpz. d. tit. 4. n. 3.*

Et, si plures heredes venditoris, vel plures Venditores, omnibus 16
denunciandum est. *l. 26. §. 1. de Evict. Caballin. §. 3. n. 33. & seqq. Umm. disp. 11. th. 6. n. 18. Berlich. d. concl. 24. n. 23.* Alia autem quæstio est,

si unus tantum se sistat, an in solidum conveniendus? & hoc affirmat *Gail. lib. 2. obs. 14. Carpz. p. 2. Const. 3. def. 29.* Alia etiam quæstio, an si unus, vel omnes superati, unus teneatur in solidum ad præstandam evictionem, & ad interesse? Et hoc negandum, nisi res sit de hypotheca, cujus causa individua, de quo *l. 65. circa finem ff. de Evict. Caballin. de Evict. §. 4. n. 1. Berlich. d. l. n. 33. Conf. Franzk. n. 576. & Joh. Fr. Balth. dec. Bav. 2. tit. 8. in fine.*

CAPUT XII.

DE

INCIDENTIBUS ET EMERGENTIBUS QUÆSTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Cur hic de emergentibus & incidentibus quæstionibus agatur.*
2. *Quando hæ movendæ.*
3. *Quænam incidentes.*
4. *Quæ emergentes.*
5. *An qui judicat super principali causa, etiam super emergente & incidente judicare potest?*
6. *An, dum disputatur super quæstione incidente, currat tempus datum ad probandum.*
7. *An judex emergentem quæstionem statim decidere debeat?*
8. *Quid in incidente sit.*

1 MAlitiose sæpius partes litigantes causam principalem variis accidentibus & emergentibus quæstionibus protrahere & involvere solent, *Steph. Nathen. tit. 7. de Justit. vulner. c. 2. pr.* ideoque, quomodo se his expedire debeat Judex, dicendum.

2 * Utraque autem ante litem contestatam, & post eam, imo emergentes etiam post conclusionem in causa moveri possunt: v. g. an testes examinandi, an sine interrogatoriis examinati, denuo examinandi, & simil.

3 Sunt autem incidentes, quæ ante litem motam ortum habent, & merita causæ concernunt, v. g. an contractus sit licitus, an testator fuerit sanæ mentis, an uxor valide renunciaverit SCto Vellej. & simil. quamvis variæ sint descriptiones incidentium, quas recenset *Pacian. de Prob. l. 1. c. 58. Menoch. l. 1. A. Q. q. 45. n. 5. Gilken. in l. 1. C. de Ord. Jud. Umm. disp. 19. th. 5. n. 16.* Emer-

Digitized by Google

Emergentes sunt, quæ ex lite mota oriuntur, & processum respi- 4
ciunt, v. g. an pendente quæstione incidente currat terminus proba-
torius, an Actor teneatur edere documenta, quibus non est usurus &
simul. *Autores antea citati.*

De utrisque notandum: 1. Arbitrium concessum judici super 5
principali causa, esse etiam concessum super incidentibus & emer-
gentibus & esse ejusdem naturæ, atque sic de incidente causa idem
Judex, licet alias competens non sit, cognoscet, *L. Nulli. 10. C. de ju-
dic. & l. 1. C. de Ord. judic. Donell. lib. 17. cap. 9. & ibi Hilliger. lit. X.*
quamvis Canonistæ in causa spirituali id non concedant *per cap. 3. X.
de Ordin. cognit. c. 5. X. qui filii sint legitimi.* quod tamen *Wesenb. in
l. 3. C. de jud. n. 8.* de quæstione juris, non facti intelligit, sic si quæ-
stio incidat, an constiterit Matrimonium, ea ad judicem Ecclesiasti-
cum remittenda, sed si hæc quæstio incidat, an habita fuerit pro uxore,
dijudicanda hæc a judice civili. Sic si super possessione beneficii Eccle-
siastici lis incidat de recuperanda vel retinenda possessione, ea coram
seculari judice expediri potest, non vero de adipiscenda possessione.
Cevall. qu. 504. Conf. Mind. de Contin. causæ. c. 5. n. 36. Sic de nuda feudi
possessione ordinarius judex cognoscit. *Rosenthal. cap. 12. concl. 2. n. 4.*
Idem, si res ut allodialis petatur, reus autem rem feudalem esse allie-
get, *Rosenthal. de Feud. concl. 2. n. 12.* quamvis nec in quæstione juris
apud nos illa Canonistarum sententia apud omnes observetur. Quam- 6
vis autem, pendente judicio super incidenti, vel emergenti puncto,
non currat tempus datum ad probandum, *Mindan. l. 3. de Mandat.
c. 11. n. 1.* nihilominus tamen hoc non intelligendum, si alter eviden-
tem & justam contradicendi causam, is vero, cui certus terminus
præfixus, causam ipse dederit, v. g. si impertinentes articulos pro-
posuerit. *Tiraq. de retract. consangv. §. 12. gl. 2. num. 4.* Item si testes
notorie inhabiles produxerit. Aliud autem si dubitari probabili-
ter potuit, annon articuli admittendi, an testes non sint examinandi,
Conf. *Mevius p. 1. dec. 101. & p. 3. dec. 172.* 3. Quia non expedit, ut 7
partes diu super incidenti puncto tempus terant, ideoque Judex
quæstionem emergentem statim decidet, vel expresse, quod tunc
fieri necesse est, quando quæstio emergens ipsam judicii substan-
tiam

tiam concernit, v. g. an judex sit competens, vel suspectus, vel tacite, si ad ulteriora progrediatur. v. g. an testis sit examinandus, *C. Exhibita. 19. X. de judic. Dauth. de Testam. n. 139. Pacian. d. c. 58. n. 23. & seqq. Menoch. l. 2. A. Q. cas. 167. n. 4. Fachin. l. 1. cap. 43. in tertia & quarta conclusione, & Umm. d. n. 16. Gilken. d. l. n. 7. & seqq.* si modo tantum temporis intervallum præcessit, intra quod Judex de emergenti quæstione probabiliter cognoscere potuit, alias secus, & tunc videtur Processus esse nullus, si constet eum non cognovisse. *Pacian. d. c. n. 34.*

8 In incidenti negotio non est necesse, ut judex sententiam ferat, sed sufficit, si in principali negotio sententiam definitivam ferat, ex qua apparebit, quomodo quæstionis incidentis rationem habuerit, *L. 2. C. de ord. cognit. Menoch. d. cas. 167. n. 5. Gilken. & Umm. dd. ll. Dauth. d. l. n. 140.* quod limitant, nisi criminalis incidat *per L. ult. C. de Ord. jud. Fachin. d. l.* quod intelligendum, si incidens quæstio non faciat ad causæ decisionem, nam tunc distincte agi potest de crimine, vel si duæ principaliter moveantur actiones, sed quando ex objecto crimine pendet decisio causæ principalis, una sententia utrumque definiri potest, *Farin. q. 100. n. 86. Trentac. l. 2. tit. de jud. res. 7.* aut nisi quæstio incidat ante litem contestatam ad impediendum Processum, quo casu omnino saltem in genere super quæstione incidenti sententia ferenda, v. g. Daß er der vorgeschützten Except. trans. ungeachtet/ litem zu contestiren schuldig/ *Pacian. d. l. n. 67. & seq.* aut nisi judex velit pronunciare super incidenti quæstione, aut nisi etiam processum concernat, aut si quæstio incidens attingat sententiam, quæ debet expresse rejici in sententia, alias pro rejecta non habetur. *L. 7. §. fin. ff. de Compensat.*

CAPUT XIII.
DE
INTERVENTIONE.
SUMMARIA.

1. *Quid Interventio?*
2. *Quotupliciter quis intervenire possit.*
3. *Qui possint intervenire.*
4. *Quid facere primum debet interveniens.*
5. *Quale debet ejus esse Interesse.*
6. *Quomodo probandum Interesse.*

Google

7. An interveniens Juramentum malitia deferri interdum possit?

8. An etiam coram judice delegato fieri possit?

9. In qua causa.

10. Quando tertius intervenire possit.

11. Quomodo interventio in Appellationis instantia facienda & n. seq.

12. An etiam post tres conformes sententias tertius potest intervenire?

13. Interdum interventionis causa suspenditur.

14. Quid si intervenientis intentio alterius indaginis.

15. Interveniens in eodem statu, in quo reperit, debet causam suscipere.

16. An scientia litis motæ intervenienti noceat.

17. An Interveniens interdum repelli possit.

INterventio est litis inter alios agitatæ proprio motu vel petente Actore facta participatio. Nam pro insigni cautela tradit *Gail. lib. 1. obs. 70. num. 27. Berlich. part. 1. concl. 25. n. 34.* ut Actor, qui de suo jure non diffidit, & intelligit tertium extra judicium jactare jus suum in re litigiosa, ut eum simul citari faciat ad comparendum & assistendum liti, & jus suum deducendum, quo lis cœpta una sententia finem accipiat, quod sæpius in Cam. Spir. factum esse tradit *Gail. d. l.* Sic etiam fidejussores conventi petere solent, ut simul citetur debitor. Alia etiam utilitas Interventionis est in re litigiosa legata. *Nov. 112. §. 1. Auth. Nunc si heres. C. de litigiosis.* Et sic est duplex interventio, alia voluntaria, alia necessaria seu provocata. *Christin. dec. 269. num. 5. v. 1.* Interdum etiam expedire potest tertio, ut se non immisceat processui summario inter creditorem & debitorem, si habeat tertius jus in re, sed expectet, ut conveniatur in ordinario judicio. *Mevius p. 4. dec. 282.* 1

Dupliciter autem quis intervenire potest 1. durante adhuc lite inter alios. 2. Finita lite ad impediendam executionem. Illud iterum duplici fine, vel ut Actorem aut Reum repellat a judicio, quando ipsum tertium principaliter concernit causa, præsertim, si inter litigantes collusionis suspicio, *L. Si suspecta. 29. ff. de inoff. testam.* & eo casu in omnibus litis articulis interesse debet, nec quicquam agendum eo absente, *Mevius p. 4. dec. 285.* vel, ut uni parti ob proprium interesse assistat, si illud interesse secundarium & per consequentiam sit, & sic in effectu ad duplicem finem fieri tradunt *Gail. lib. 1. obs. 70. n. 19. & seqq. Klock. cons. 133. n. 64. Vol. 3.* 2

3 Ad interveniendum autem non admittuntur, qui non habent personam standi in judicio, nec capaces sunt personæ Actoris. *Vantius de nullit. quis possit dicere de nullit. n. 29. Ummius d. l. n. 5.* Ex quibus autem causis inhabilis qui alias est, admittitur ad agendum, ex iis etiam causis inhabilis admittitur ad interveniendum.

4 Requiritur autem, ut interveniens 1. alleget suum interesse, sive illud sit privatum, sive publicum. *Berlich. part. 1. concl. 25. num. 16.* Sic solent Procuratores Fisci in causis civilibus intervenire ob interesse fisci, aut ob crimen falsi in contractu commissum, vel ob caducitatem feudi & sim. Exemplum, si Magistratus habens privilegium de non evocandis civibus, interveniat, ne subditi ad aliud judicium trahantur, tradit *Berl. d. l. n. 6. Carpz. part. 1. const. 3. def. ult.* Si etiam subditus alienus arrestetur, potest Magistratus illius subditi intervenire, & relaxationem petere, ut lis coram se agitetur. *Mevius p. 5. dec. 113.* Sic & hodie si subditus alieni Magistratus jurisdictionem prorogare velit, potest intervenire Magistratus Ordinarius, *Conf. Hillig. l. 17. c. 10. lit. N.* Posse tamen intervenientem judicem, sub quo lis pendet, ut suspectum arguere, putat *Gail. lib. 1. ob. 71. n. 7. Lancellot. de Attentatis part. 2. c. 6. n. 71.* Idem si subditis iniqua & Juri Naturali contraria lex imponatur, etiam vicini, quibus per hanc prohibitionem molendinorum reditus subtrahuntur, possunt intervenire, *Rosenthal. de feudis cap. 5. concl. 26. glossa A. ad finem. Boer. dec. 125.* licet autem repugnare videatur *Johan. Hering. de Molendinis c. 11. n. 80. & seqq.* videtur tamen loqui de eo casu, quando ipsi subditi in præcepto Superioris molendinum bannarium facere volentis acquiescunt. Et præsertim interventio in hoc casu in nostro Electoratu locum haberet, in quo alias molendino meo nec commodum civile adimere licet. *Scheplitz. de Consuet. Brand. p. 4. tit. 23. & in prompt. juris tit. 27. §. 2. n. 4.* 2. Interesse illud debet esse pertinens, & a causa principali non alienum aut separatum. *Gail. d. lib. 1. obs. 69. n. 2. & observ. 70. num. 24. Berlich. d. num. 51. Carpzov. lib. 3. Resp. 21. num. 19. & seq.* V. g. si hereditatem a te petam ex Testamento, interveniendo petas eandem ex alio testamenro, sub eodem dato, vel ex alio principio. Tunc enim, si ego prius obtinuerim, restituenda mihi hereditas, non attenta

Digitized by Google

tenta illa interventione, præstita cautione *per l. pen. de petit. hered.*
Cothman. vol. 4. consf. num. 173. Carpz. in processu tit. 4. art. 2. num. 38.
Aliud vero si interveniens impugnare velit jus primi actoris, v. g.
si dicat, meum Testamentum esse irritum, injustum, sublatum &c.
Petr. Barb. ad. L. Si alienam. num. 15. ff. sol. matr. nec ratio decisionis
debet esse diversa, sed eadem. Simultanee investitum posse inter-
venire & possessori adsistere, tradit *Mevius p. 4. decis. 404. 3.* Illud 6
semiplene & summarie probari sufficit, cum talis probatio ejus quod
interest, sit præambula & præparatoria, non autem decisoria, &
tantum eo fine requiratur, ne interventio fraudis & collusionis su-
spicione laboret. *Gail. l. 1. obs. 69. n. 4. & seq. Mynsing. Cent. 2. obs. 1.*
Besoldus consil. 256. n. 56. Trentac. lib. 2. tit. de judic. resol. 16. n. 10. Carpz.
lib. 3. Resp. 21. n. 8. Et ideo probatio per juramentum, vel unum te-
stem, vel apparentem demonstrationem fieri potest. *Gail. l. 1. observ.*
69. n. 4. & observ. 70. n. 23 Besold. p. 5. consf. ult. n. 56. Trentac. lib. 2. tit.
de judic. res. 16. n. 10. Vtv. dec. 291. n. 2. Carpz. in process. d. art. 2. n. 42.
Si etiam magna sit præsumptio collusionis & fraudis, poterit inter- 7
venienti juramentum malitiæ deferri *Carpz. d. Resp. 21. num. 7. & de*
Process. tit. 4. art. 2. num. 44. Interdum tamen interveniens statim re-
pellitur, quando ipsius interesse prætensum est nullum, v. g. cum fi-
lius peteret hereditatem, qui matrem verberaverat, & sic indignum
se reddiderat, & Civitas non allegato mero imperio sibi competente,
merito repulsam tulit. *Mevius p. 5. dec. 380.*

Coram omni Judice etiam delegato interventio locum habet, 8
quia interventio est quasi quæstio incidens, quæ ob causæ conti-
nentiam a causa principali separari nequit. *Gail. l. 1. obs. 70. num. 2.*
Mindan. l. 3. de Mand. cap. 8. n. 11. Umm. n. 7. Si modo tota causa ei de-
legata, nam si particula tantum delegata, coram eo Interventio lo-
cum non habet. *Ruland. de Commiss. p. 1. lib. 9. Berlich. p. 1. concl. 25. n. 17.*

Et in omni causa etiam spirituali, *c. 15. de offic. judic. deleg.* & cri- 9
minali ob causæ connexitatem, *Ummius d. l. n. 8.* etiam in causa posses-
sorii, *Berlich. d. l. n. 21.* si idem interventionis objectum, ne momenta-
neum protelетur, quod celerrime expediendum. *Mevius p. 3. dec. 96.*

In specie Spolii, si spoliatus se restitui petat, ego autem interveniam probaturus dominium, restitutio suspendenda, donec de jure intervenientis constiterit. *L. Bonafides 51. §. 1. ff. Depositi. Menoch. rem. 1. recup. poss. n. 372. & seqq. Berlich. d. l.* In literis Cambii post acceptationem nulla admittitur interventio, quia intervenienti obstat exceptio: tu non es nominatus in instrumento *Marquardus de Mercat. l. 2. c. 12. n. 78.*

10 Illud non interest, an ante, an vero post litem contestatam quis interveniat, sive ante conclusionem litis, sive post, imo sive post sententiam, *Gail. l. 1. obs. 70. n. 4. Ummius d. l. num. 10. Berlich. n. 18.* vel in Appellatione, de qua *in seq.* nam licet interventio in prima instantia omissa, in secunda tamen ei locus est. *Mev. p. 4. dec. 405.* Vel opponendo se executioni sententiæ, quæ in rem judicatam transiit, & ejus executionis iniquitas arguitur, v. g. si pro mariti debito fiat executio in bona dotalia, ubi uxor se juste opponit interveniendo, *l. 15. §. 4. ff. de re judic. l. 29. C. de jure dot. M. Coler. de proc. execut. p. 2. c. 3. n. 252.* quæ tamen interventio æstimationem bonorum petitam non impedit. *Mevius p. 4. d. 107.* Similis fere est Interventio Debitorum principalium. Nam quando Fidejussores a Creditoribus conveniuntur, solent intervenire debitores principales, & se offerre ad solutionem, quæ oblatio si non ore tantum fiat, sed opere, admittenda est interventio, si intra ea tempora fieri debeat solutio, quæ fidejussori fuissent

11 indulgenda. *Mev. p. 3. dec. 395.* Sed in Instantia Appellationis tribus modis intervenire potest tertius. 1. Appellando pro suo interesse, licet partes principales sententiæ acquiescant, *Lancell. de Attentat. part. 2. cap. 12. ampliat. 14. num. 2.* quod eo casu tantum locum habet, ubi pro suo interesse non ad adsistendum, sed ad excludendum Actorem vel Reum intervenit tertius. *Berlich. d. l. n. 28.* 2. Adhærendo Appellationi a parte una interpositæ, si pro suo interesse intra decendium adhæreat appellationi, licet pars ab uno puncto tantum appellaverit. *Carpzov. p. 1. c. 19. def. 9.* 3. Prosequendo appellationem, quia hoc casu nihil novi profert, sed appellationem ab uno interpositam tantum prosequitur. *l. 4. §. 2. & l. 5. §. 1. & 2. ff. de Appell. Gail. lib. 1. obs. 122. Carpz. de Proc. d. art. 2. n. 26. & seqq.*

Quan-

Google

Quando autem tertius appellat, gravamina & causas, cur sua interſit appellari a tali ſententia deducere debet in appellatione, quia, ubi Appellatio interponitur contra regulas juris, hæc aliter non admittitur, quam ſi causa expreſſa ſit appellationis, & cur ſua interſit. *Gail. d. obſ. 122. n. 5. Berlich. d. concluſ. 25. n. 23. Covarr. Pr. Qu. cap. 15.* 12

Et quamvis poſt tres conformes ſententias litigantibus partibus non liceat appellare, ſi tamen quis interveniat pro ſuo proprio intereſſe, non vero acceſſorie & aſſiſtenter, poſt tres ſententias appellare poteſt. *Berlich. n. 13.* modo nullitatem prioris proceſſus arguat, aut novas allegationes proferat. *Mevius p. 2. dec. 181. conf. Gail. obſ. 72. n. 2.* 13

Si autem intervenientis intentio altioris indaginis, alter vero principalis litigans citius ſua jura expediat, ille judicium remorari non debet, ſed ſub cautione prior ſententia ſuper eadem re, ſuper qua ſententia lata, executioni danda. *L. Is, a quo. 57. ff. de Rei Vindic. Ummius. d. diſp. 11. n. 13. in fin. Gail. l. 1. obſ 70. n. 21.* 14

Quamvis autem communiter dicatur, debere intervenientem litem in eo ſtatu ſuſcipere, in quo fuit, cum interveniret, *c. ult. ut lite pendent. lib. 6. Meichſner. T. 1. dec. 32. Mynſ. Cent. 3. obſ. 72. Berlich. n. 57* id tamen intelligendum, ſi acceſſorie, non vero ſi principaliter pro ſuo intereſſe interveniat, quo caſu exceptiones dilatorias opponere, & publicatis atteſtatis ſuper iisdem, vel contrariis articulis, alios teſtes producere poteſt. *Covarr. Pr. qu. 14. Berlich. d. l. n. 58. & ſeqq. Ummius d. diſp. 11. n. 11. & ſeq.* Si modo ipſe ignoravit litem, nam ſi ſcivit & examen publicari paſſus eſt, non admittetur ad novos teſtes producendos, ob præſumptionem fraudis. *Afflict. dec. 235.* Et hoc intelligendum, ſi tertius accedat, ut removeat agentem vel reum, nam ſi alterutri adſiſtere velit, non auditur, ſive ſciverit, ſive ignoraverit, quia in eodem ſtatu cauſam accipere debet. *Gail. l. 1. obſ. 71. n. 14.* 15

Scientia vero litis motæ intervenienti, qui pro ſuo intereſſe principaliter intervenit, niſi doloſe tacuit, *Mev. p. 3. dec. 98. & conf. Afflictus dec. 235. & Gail. l. 1. obſ. 71. n. 14.* non nocet, niſi ſc. appellare velit, vel niſi examen novorum teſtium ſuper iisdem articulis petat, niſi etiam is, ad quem potior defenſio rei pertinet, ſequentes agere permittat, ut, cum Creditor, ſciente debitore, pignus vindicat & ſuccumbit 16

per L. Sæpe. 63. de re jud. Hartm. Pist. part. 4. q. 29. n. 2. Bachov. in Treutl. Vol. 2. disp. 23. th. 5. lit. E. Carpz. part. 1. Jurispr. Const. 26. def. 15. Gail. lib. 1. obs. 60. & seq. Vulgata Editio modo converso, si debitor, ad quem præcipue pertinet dominium rei defendere, patiatur, ut creditor id defendat, quam lectionem defendit *Cujac. lib. 12. obs. 25.* Sed illam veriorem dicit *Covarr. quæst. pract. 13. n. 7. Donell. l. 27. cap. 1. lit. O.* quia debitor non potest impedire creditorem agentem hypothecaria. Idem est, quod antea diximus in sequente casu, si maritus patiatur agere socerum de re dotali, aut emptor venditorem de re empta &c. *Vid. Donell. d. l.*

17 Si etiam Judex malitiam contra tertium intervenientem præsumat, quod malitiose & ad litem differendam interveniat, potest intervenientem salva actione sua reppellere. *Gail. l. 1. obs. 69. n. 5. & obs. 70. n. 20. & obs. 113. n. 12. Berlich. n. 55. & seq.*

CAPUT XIV.
DE
LITIS CONTESTATIONE.
SUMMARIA.

1. *Quid litis Contestatio.*
2. *De hujus Necessitate*
3. *In quibus causis non est necessaria litis contestatio.*
4. *Defectus ejus in Camera non attenditur*
5. *Nec semper in supremo judicio Principis alterius.*
6. *Varia litis contestationis divisiones, & n. seqq.*
9. *Generalis litis contestatio incommoda.*
10. *Specialis requiritur, & n. seq.*
12. *De Eventuali litis Contestatione, & num. seq.*
14. *Litis Contestatio debet esse clara, & quomodo reus ad illam compellendus.*
15. *Forma litis contestat. & n. seq.*
17. *Quid si neget, se accepisse, aut si acceperit, se solvisse.*
18. *De effectu protestationis, se non velle litem contestari.*
19. *Litis contestatio deberet per ipsos principales fieri.*
20. *Et viva voce.*
21. *De Effectibus litis contestationis.*

1 Litis contestatio est Actus, quo Reus ad libellum ejusque contenta ita respondet, ut ex ea responsione, in quo Status controversiæ con-

consistat, appareat. Et licet utriusque partis præsentiam nonnulli requirant, *Berlich. p. 1. concl. 26. n. 24.* in processu tamen ordinario id fieri non videmus, nam utriusque partis scripta sunt in medio, quæ semper loqui censentur, *l. 9. C. de Liber. causa. Obrecht de Litis contest. c. 6. n. 6.* nec præcise opus esse puto nostris moribus, ut Actor contenta libelli repetat, sed sola responsio Rei sufficit. *Obrecht. d. l. n. 17.* Et hanc 2 adeo necessariam esse volunt, ut sine ea Processus sit nullus, cum sit basis judicii *per. c. un. X. h. t. Mynf. cent. 3. obs. 74. Gail. l. 1. obs. 75 & quos alleg. Hill. in Donell. l. 24. c. 1. lit. F. Stacc. de judic. l. 1. c. ult. in fin. Mascard. conclus. 33. n. 16. & seqq.* & hoc quidem propterea, quia in omni lite & quæstione primas partes sibi vindicat, ut sciamus, quis sit controversiæ status, si hoc nesciatur, frustra verba miscentur. Et sic nec partium consensu omitti potest. *Hill. l. 24. c. 1. lit. F. Carpz. in proc. tit. 10. art. 2. n. 19.* Unde judex, si ex actis non possit verum cognoscere quæstionis statum, ut in tumultuariis actis interdum fit, ex officio veram litis contestationem requirere potest, actore licet non petente. *Carpz. dicto tit. 10. art. 5. n. 27.* Et, si judex hoc negligat, nullitas committitur. *Christin. dec. 155. n. 8. vol. 2. & Besoldus. cons. 93. n. 66.*

Excipiunt tamen casus, in quibus non requiritur litis contestatio, 3 in summariis, brevibus, & in quibus libellus non requiritur. *Obrecht. in Tr. de litis contest. cap. 4. n. 29. & seqq. Carpz. part. 1. Const. 10. def. 8. & seq. Gilcken. ad L. un. h. t. n. 51. & seqq. Berlich. part. 1. concl. 26. n. 6. Borell. l. 1. dec. tit. 50. n. 20. & seqq.* In specie non requiritur litis contestatio 1. in causa diffamationis. 2. In puncto inhibitionum. 3. In momentaneo possessorio. 4. In causis pignorationum. 5. Quando simpliciter & de plano cognoscenda causa commissa est. 6. In causa Appellationis. *l. ult. §. Illud. 5. C. de Temp. appell.* Aliud tamen in Camera Spirensi. *Gail. l. 1. obs. 76.* 7. In Causa nullitatis notoriæ. 8. in Causa relaxandorum captivorum. 9. In omnibus notariis. *Farin. qu. 21. n. 65. Gail. l. 1. obs. 77. Marta. in Digestis suis tom. 1. h. t. c. 31. & seq. Obrecht. d. tr. c. 4. n. 29. & seqq. Carpz. p. 1. Const. 10. def. 8. Christin. vol. 2. def. 155. n. 2. & seqq.* Imo in executivis causis sibi præjudicare actorem, si cum petita recognitione manus, vel producta rejudicata vellet petere litis contestationem, & videri elegisse processum ordinarium, tradit *Carpz. in proc. tit.*

10. art.

10. art. 2. n. 9. Sed id videtur durum, Advocatum errore suo in jure commisso parti nocere posse, harum rerum ignaræ. Sed hæc de vera & solenni litis contestatione intelligenda: nam datur alia litis contestatio, quam vocant *quasi & implicitam*, scil. actus contradictorius primus merita causæ respiciens, in quibus casibus solennis illa contestatio non requiritur. *Ummius disp. 12. n. 23. Borell. d. tit. n. 106. Carpz. l. 3.*
4 *Resp. 31.* Si etiam in inferioribus judiciis litis contestatio sit omissa, & causa devolvatur ad Cameram, nullitas hæc in Camera non attenditur, si appareant status quæstionis, & merita causæ, quia Camera non attendit nullitates, solennitates & figuram judicii tantum respicientes
5 *Ord. Cam. part. 3. tit. 34. Gail. d. obs. 75. seq.* Sed si etiam in supremo judicio de quæstionis statu meritisque causæ appareat, non videtur propterea totus Processus cassandus, quia litis contestatio hoc fine requiritur, ut partes sciant, quid probare debeant, & judex intelligat, super quo pronunciandum. *Ummius d. disp. 12. th. 5* Si ergo id constet ex Actis, absurdum fuerit ob omissionem litis contestationis totum Processum irritum & nullum dicere, cum obtento fine, non sit curandum de mediis. *B. in l. 3. Inst. Subst. Wesenb. part. 1. conf. 5. n. 21. Pruckmann. Vol. 1. cas. 38. num. 93.*

6 Contestatio litis alia dicitur *Conjecturalis* super facto, alia *juredicialis* super jure. *Obrecht. c. 2. n. 5.* quam distinctionem rejicit *Ummius d. disp. num. 10.* Sed confundit jus in thesi, quod certum, & jus in hypothesi, quod incertum: Et licet ordo juris vel Processus Ordinarius non sit necessarius, ubi de jure litigatur, ut etiam supra cap. 1. diximus, videmus tamen sæpe utramque partem in Processu litigare, v. g. Mevius petit a me rem sua pecunia emptam, factum non nego, sed consequentiam. *Obrecht. d. c. n. 9.* Sic primus emptor agit contra secundum emptorem, cui res tradita, qui non negat factum, sed prætensum jus per *l. 15. C. de Rei vind.* Interim tamen verum est, etiam quando Processus Ordinarius non requiritur, tamen aliqua litis contestatio sive formatio status quæstionis requiritur, ut constet, quid probandum, & super quo pronunciandum.

7 Dividitur etiam in *Directam & Indirectam*, ut hæc fiat per oppositionem exceptionis Peremptoriæ. *Obrecht. c. 9.* Sed illud refragari videtur

by Google

detur *c. fin. l. 6. b. t.* ubi per oppositionem exceptionis peremptoriæ non fit litis contestatio, *Panorm. in c. un. b. t. n. 18. Mantua ibid. n. 16. Gilken. in L. un. n. 30. & seq.* a quibus tamen alii dissentiunt & *d. c. un.* de exceptione peremptoria Processus, non vero meritis causæ opposita intelligunt. Puto autem distinguendum inter causas ordinarias, & summarias. Nam in his per exceptionem peremptoriam videtur lis contestata, v. g. Convenis me ex instrumento mutui, ego oppono solutionem, omnino teneor probare solutionem, & non laboraret processus, quod non dixerim, fateor, me debuisse, sed oppono solutionem, & quod condemnari debeam, præsertim cum reus hodie ex recessu novissimo omnes exceptiones simul opponere debeat.

Aliam faciunt litis contestationem Affirmativam, aliam Negativam, quæ tamen plerisque displicet. *Obrecht. d. cap. 2. n. 18. Umm. n. 14. & alii.* Sed lis hæc non est magni momenti. Nam si intentionem actoris in totum fateatur reus, nulla esset lis: Sed quando nonnulli Doctores affirmativam quandam faciunt litis contestationem, respiciunt ad narrata, & ex iis resultantem actionem, sed opponunt exceptionem, v. g. Agis actione venditi ad pretium, ego non nego contractum, nec nego actionem venditi, sed oppono exceptionem, tu non implevisti a tua parte contractum; vel agis condictione certi ex mutuo 100. thaler. ego non diffiteor mutuum, sed oppono exceptionem pacti de non petendo. Hæc illis est affirmativa litis contestatio, quo sensu nulla in dicta divisione absurditas. *Vid. Hill. l. 24. c. 1. lit. A. Gœdd. ad l. 36. n. 21. de V. S.* 8

Faciunt etiam aliam Generalem & Implicitam, aliam Specialem & 9
Explicitam. Illa in plerisque judiciorum Ordinationibus approbata, non sine justitiæ detrimento, v. g. Nego narrata, prout narrantur, & dico, petita fieri non debere. Et hanc admiserunt contestationem in iis casibus, ubi libellus oblatus summarius nec articulatus. *Carpz. tit. 10. art. 3. n. 19. Berlich. p. 1 concl. 26. n. 13. & seq.* Quamvis autem illam in eo casu, ubi in libello plura sunt membra, non sufficere putent *Obrecht. d. cap. n. 29. & Gilken. d. l. n. 35.* vel Actorem petere posse, ut Reus declaret responsionem suam, quæ sint illa, quæ fateatur esse vera, quæ non, ex praxi Papiensi *Berlich. d. conclus. 26. n. 13.* Tamen nec sic omnis difficultas tollitur, & in uno facto multæ sunt circumstantiæ,

quæ omnes probandæ non sunt, ideoque salubriter constitutum in foro Saxonico ab AUGUSTO Electore *part. 1. Const. 10.* ut Reus conventus ad omnia & singula quæque capita libelli, ejusque narrationem & conclusionem sine ambagibus aperte, expresse & specifice respondeat, & hoc pacto litem contestetur, & ni faciat, pœnis in eos, qui litem vel omnino non, vel non sufficienter contestantur, statutis subjaceat, quo ipso occurritur periculis atque incommodis, quæ tum litigatoribus, tum judicibus ipsis ex generali litis contestatione imminent; quia etiam per id lites citius finiuntur, *Moller. ad d. Const. 10. n. 3. & 4. Carpz. l. 3. Resp. 32. n. 7.* quam Constitutionem etiam approbavit Elect. Brandenb. Johannes Sigismund. in Ducatu Prussiæ *lib. 1. tit. 31.* §. 4. idque in nov. Rec. Imper. §. Es solle auch hinführo/ &c. receptum in Augusto Cameræ Tribunali, *ibi*: so soll der Citirte und Beklagte ebenmässig in primo termino erscheinen/ und in diesem Termin auff die Klagen kurtz/ nervose und deutlich/ auch unterschiedlich/ und klar/ und worinn das factum anders/ als vom Kläger vorbracht/ und wie es sich eigentlich verhalte/ specificiren/ und auff jeden Puncten mit allen seinen Umständen anzeigen/ &c. quam Constitutionem merito alia inferiora judicia sequuntur, cum ex generali illa litis contestatione sciri non possit, quid
21 probandum sit & super quo in specie pronunciandum. Si ergo actor animadvertat, reum ad omnia membra non sufficienter respondisse, petat specialiorem responsionem Actor, vel Judex ex officio jubeat. *Carpz. d. art. 3. n. 36. & 37. & part. 1. Const. 10. def. 3. Berlich. d. concl. 26. n. 14. &c.* Quæ tamen sunt irrelevantia, ad ea reus respondere non tenetur, ut si injuriatus in libello referat majorum suorum merita, ad id reus respondere non tenetur, vel generaliter potest dicere, hæc se suo loco relinquere. *Carpzov. d. art. 3. num. 59. & d. Constitut. 10. d. ult.* Si autem reus jussus plenius respondere, hoc facere renuat, potest etiam in foro Saxon. in expensas condemnari. *Carpz. d. tit. 10. art. 3. num. 8. seqq.* Quamvis etiam jure civili reus contumax in non respondendo possit ad expensas condemnari, ob retardatum processum. Et in Camera Spir. inepta Responsio habetur pro confessione & Actor probare non tenetur. *Recess de Anno 1654.* §. zu welchem Ende.

Alia

Google

Alia etiam litis contestatio est Pura, alia Eventualis, si Exceptioni- 12 bus dilatoriis sit satisfactum, & hæc in Camera etiam recepta, ubi reus in primo termino una cum dilatoriis statim eventualiter litem contestari debet *per Ord. Cam. part. 3. tit. 13. Obrecht. cap. 4. n. 13. Umm. n. 16.* Et hoc etiam approbatum in nuperrimo Recessu *d. §. ibi* **Wie auch / was er dabey** dilatorie **oder** peremptorie **einzuwenden haben möchte / alles auff einmahl bey Straff der** Præclusion **einbringen /** &c. quod etiam repericur *in* **§. Und hat der Beklagte im ersten Termin /** &c. Porro alia 13 Litis contestatio est pura, alia qualificata, in qua Actoris intentionem Reus partim concedit, partim negat, v. g. concedo me debere, sed sub conditione, & hæc litis contestatio in civilibus onus probandi rejicit in Actorem, vel quod reus pure promiserit, nisi qualitas ex intervallo, & non in ipsa litis contestatione addatur, aut inutilirer, ut si promissio matrimonii concedatur, sed sub conditione inhonesta, vel factum continet diversum & separatum. In criminalibus vero confessio qualificata (scil. feci homicidium, sed animo defendendi) admittitur & probationis onus transfert in Reum. *Carpz. d. t. 10. art. 2. n. 13. & seqq. & d. Const. def. pen.*

Si Reus nolit perspicuis verbis litem contestari, a judice jubendus 14 est, cui jussioni si non pareat, licet Actore denuo non urgente, per ea, quæ tradit *Carpz. l. 5. Resp. 33. n. 11.* lis pro negative contestata habetur, & Actori via probandi aperitur, ut passim observatur *per Ord. Cam. part. 3. tit. 43. Gail. l. 1. obs. 59. n. ult. Wesemb. in C. h. t. n. 23. Trentac. tit. de judic. resol. 3.* Tunc enim lis pro contestata habenda, quando per subterfugia Rei factum est, quo minus is litem contestetur, si ejus contumacia fuerit accusata, *Berl. d. l. n. 14.* nam sine hac accusatione vix haberi potest lis pro contestata. *Thoming. dec. 24. n. 7. Rauchbarus v. 2. q. 28. n. 43. Klock. vol. 3. cons. 187. n. 158.* Putarem tamen, si actor negligens sit in accusanda contumacia Rei, & petendo, ut lis pro contestata habeatur, sub comminatione posse injungi plenam contestationem, & ex officio tandem pro contestata haberi, cum hac in re non tantum interesse actoris, sed & judicis versetur, ne in infinitum Andabatarum more disputent partes, vel alias contra eum, ut contumacem proceditur per varia remedia, quæ recensent *Umm. d. disp. 12. n. 7. Gilcken. d. l.*

n.44. vel in expensas retardati Processus condemnatur is, qui obscure respondet, *Carpz. p. 1. c. 10. def. 12. & l. 3. Resp. 33. n. 17. & cons. 5. n. 70. vol. 1.* & jubetur denuo clare respondere sub pœna confessi. *Carpz. d. c. 10. d. 14.* Et in foro Saxon. Reus contumaciter recusans litem contestari, habetur pro confesso. *Carpz. d. Const. 10. def. 14.* Si autem actoris interesset, ut specifice reus respondeat, compelli potest, ut præcise litem contestetur. *Trentac. lib. 2. tit. de judic. resolut. 13.*

15 Forma litis contestationis est, ut fiat 1. specifice, de quo antea, 2. verbis perspicuis, Hinc ea fieri non potest per verbum *Credo.* nisi de facto alieno, v. g. defuncti Antecessoris; vel de facto peoprio quidem, antiquo tamen, agatur. *Cevall. qu. 442. Carpz. d. const. 10. def. 6. Obrecht. d. Tr. cap. 7. n. 7. Carpz. d. art. 3. n. 13. Coler. p. 1. decis. 11. §. ult.*

16 Atque idem dicendum puto de verbo *Nescio*, licet hanc pro Negativa habendam dicat *Carpz. d. resp. 33. n. 26.* Non opus est etiam, ut expresse dicat, se habere animum litem contestandi, quia hoc jura nullibi requirunt, *Menoch. lib. 2. præs. 30. Obrecht. d. cap. 7. n. 57. Stacc. de judic. lib. 1. cap. ult. n. 3.* nec admittenda est illa responsio: er stelle es dahin. *Carpz. d. l. n. 48. dec. 40.* nec per verbum *dubito* fieri potest. *Cevall. q. 442.* Sed quid si respondet Reus, se non accepisse pecuniam petitam,

17 aut si acceperit, se solvisse? Non puto post d. Constitut. Imperii hanc litis contestationem admittendam esse, nisi agatur de facto alieno defuncti, cujus probabilis est ignorantia, aut de facto proprio antiquo, cujus posset obrepere oblivio. Ubi enim quis simpliciter, perspicue & specialiter respondere cogitur, talis litis contestatio non admittitur. *Pacian. lib. 1. de Prob. c. 21. n. 16. & Berlich. d. concl. 26. n. 9.* Sed consultum esset Actori, potius qualemcu[illegible] admittere litis contestationem, ut tamen ad litis ipsius [illegible] veniri possit, possent tamen tales litis con[illegible] a superioribus prohi-

18 beri. Sed qu[illegible] contestanda lite, sed se hæc dicere [illegible] quamvis dissentientes sint Dd [illegible] sustinere posse sententiam Gai[illegible] *ch. d. concl. n. 26.* præsertim ubi [illegible] litem contestari, nam tum con[illegible] perabitur, sicut etiam Reus, si jussus

Digitized by Google

sus a judice litem contestari, tamen addat narrationi facti hanc protestationem, hæc ipsum non juvabit, *Mascard. de Probat. conclus. 434. n. 20. & seqq. Conf. Mev. p. 2. dec. 335.* secus si dilatoriis usus, merita causæ conjungat pro informatione judicis, nam tunc hujus protestationis usus esse potest. *Obrecht. cap. 8. n. 24.* Sed hodie non, cum lex Imperii jubeat cum dilatoriis eventualiter litem contestari.

Illud etiam ad evitandas lites faceret, si per Ordinationem judi- 19
cii Rei ipsi cogerentur litem contestari, & non per Procuratores, *arg. L. ult. C. de Procur. & quæ ibi notantur*, quod in inferioribus judiciis facile fieri potest. Si tamen ex pluribus unus sit litem contestatus, reliqui huic contestationi adhærere possunt. *Carpzov. p. 1. Const. 20. def. 17 Berlich. Concl. 26. n. 17.*

Illud etiam liti abbreviandæ inserviret, si non in scriptis, sed 20
viva voce semper fiat litis contestatio, & ex ore contestantis scriberetur in Actis, uti dispositum *in Ordin. Brandenb. Culmbac. cap. 11. & Monaster. part. 2. c. 7.*

Effectus litis contestatæ præcipui sunt 1. quod actiones tem- 21
porales reddat perpetuas. *L. ultim. in fin. C. de fidejuss. tut. L. ult. C. de præscript. 30. annor.* Actiones annales reddat tricennales, & tricennales quadragenales, *Obrecht. cap. 10. num. 52.* nam per litis contestationem, nisi Actor litem prosequatur, non inducitur mala fides & præscriptio quadragenaria currere incipit a die litis contestationis. *Balbus de præscript. p. 3. part. 6. princ. num. 42. Klock. cons. 21. num. 65. vol. 1.* Excipitur tamen actio doli. *l. fin. C. de dolo.* 2. Pœnales Actiones privatas in heredem transmittit, *L. Omnes Actiones. 139. & L. Pœnalia. 164. de R. J.* Præscriptionem mixtam, id est
21 temporis interrumpit. *L. 26. C. de Rei vind. Gail. l. 1. observ. 74.*
22. *Covarruv. in cap. Possessor. p. 2. §. 22. num. 4.* Imo hodie
Præscriptio interrumpitur per solam citationem. *l. 2. C. de Ancept. ibique not.* An vero litis contestatio super possesso-...umpat præscriptionem ratione dominii, quæritur? quod *...enoch. cons. 307. numer. 34. per l. fin. C. de Annali Exc.* ... ille habet duas rationes 1. generalitatem libelli. 2. Quia ...eri accessoria. 3. In personalibus rem litigiosam facit.

 Auth.

Auth. Litigiosa. C. de litigat. & ibi Dd. 4. Quod pro consorte litis absente sine mandato, præstita cautione de rato, quis agere possit. *l. 2. C. de consort. lit.* 5. Inter correos stipulandi ejus, qui agit, meliorem conditionem facit. *l. 16. ff. de duob. reis. l. 9. ff. de V.O.* 6. Popularem actionem agentis efficit. *L. 12. ff. de V.S.* 7. Procurator per eam fit Dominus litis, *L. 22. C. de Procur.* 8. Mendacium amplius revocari non potest. *L. 26. §. 5. ff. de Noxal. Act.* 9. Juxta nonnullas Ordinationes judiciorum potestatem adimit mutandi libelli, quod etiam de jure communi plerique volunt *per L. Edita. C. Edend.* 10. Periculum rei transfert in possessorem, *L. 40. de petit. hered. L. 15. §. ult. de R.V Donell. lib. 20. cap. 5.* quod intelligendum, postquam possessor cognovit, rem esse Actoris, aut hoc ex documentis scire potuit, nam alias, lite mota, possessor non statim tenetur deserere rem suam & ita relinquere rem indefensam. *L. 40. ff. de petit. hered. & ibi Cujac. & Basius. Donell. l. 20. cap. 5. lit. C. & l. 19. c. 14. lit. O.* 11. Volunt, Possessorem per eam in mala fide constitui, quod universale tamen non est, *L. 4. de petit. hered. l. 25. ff. de Usur. Hartm. Pist. part. 4. quæst. 27.* ideoque nonnulli ad fructuum perceptionem restringunt, *Menoch. lib. 2. præs. 31.* scilicet, quod si obtineat Actor, Reus a tempore litis contestationis omnes fructus restituere debeat, estque id declarandum ex iis, quæ de periculo jam dicta. 12. Post eam non potest Adjecto solvi, *L. 57. §. 1. de solut.* Ad fructus omnes eum, qui restituere rem debet, obligat. *L. Certum. 22. C. de R.V.* 13. Eum, qui se liti obtulit, judicio adstringit, *L. 25. de R.V.* nam ante litem contestatam potest revocare. *d. l. 25. & 2. seq. Obrecht. cap. 10. num. 33. & seqq.* 14. Veterem obligationem novat, quæ videtur necessaria novatio, non quidem veterem obligationem tollendo, sed novam adjiciendo. *L. 11. & 29. de Novat. Obrecht. cap. 10. num. 24.* 15. Ab hac proprie incipit judicium & instantia. *L. 30. ff. de judic. L. 13. §. 1. C. eod. Nov. 122. c. 2.* Sed de singulis specialibus alibi.

CAPUT

Digitized by Google

CAPUT XV.
DE
JURAMENTO CALUMNIÆ, ET MALITIÆ.

SUMMARIA.

1. *Quid hoc juramentum & quanta ejus necessitas.*
2. *An tacite remitti possit?*
3. *Judex ex officio hoc potest deferre.*
4. *Hoc in statutis repetitum.*
5. *Aliud generale, aliud speciale.*
6. *Cur in foro Saxonico generale jurament. calumn. abrogatum.*
7. *Hoc juramentum ab ipsis partibus præstandum.*
8. *Magna solennitas adhibenda.*
9. *Quid de Advocatis.*
10. *Quid si universitati delatum.*
11. *Quid in tutoribus.*
12. *Item in clericis.*
13. *Quibus reverentia debetur, id non tenentur præstare.*
14. *In quibus causis, & n. seq.*
16. *Non præstandum ab inquisito aut accusato.*
17. *Quid in instantia Appellationis.*
18. *An in quæstione juris mota.*
19. *Forma hujus juramenti ex jure civili.*
20. *Forma in Recessu Imperii.*
21. *Effectus, & n. seq.*
23. *Non jurantis pœna, & n. seq.*
25. *Excipiuntur criminalia.*
26. *Nisi justa causa recusationis.*
27. *Contumacia procuratoris an Domino noceat.*

Iuramentum calumniæ est juramentum, quo quis affirmat, se credere, se habere causam justam agendi, vel se defendendi, nec se calumniose in lite versaturum, quod ita necessarium ex Constitut. Iustiniani *in l. 2. §. 4. C. de jurejur. propt. calumn.* ut a partibus remitti nequeat, *Borell. lib. 1. decis. tit. 51. n. 9.* quod indubie de eo casu verum, quando a partibus prius præstitum; nam tunc collusionis speciem haberet, & si tum non præstitum, sententia est nulla, *Rol. a Valle cons. 71. n. 7. Gail. l. 1. obs. 84. Klock. V. 1. cons. 44. n. 67. & vol. 3. cons. 186. n. 1.* quamvis is, cujus culpa hoc juramentum non præstitum, hanc nullitatem allegare victus non debeat. *Anton. del. Re. de jurament. calumn. cap. 7. n. 46. Klock. d. cons. 186. n. 11.* Unde contra improbam cautelam placuit *in Recessu deputat. de Anno 1600.* ut non sufficiat juramentum

hoc

hoc esse in scriptis petitum, sed & oretenus peti debere. *Obrecht. de juram. calumn. cap. 11. n. 29.* Verum generalius adhuc verba Imperatoris videntur intelligenda, adeo, ut ne tacite quidem remitti possit: consvetudine tamen videmus receptum esse, tacite remitti posse, *Scac. lib. 2. de Judic. cap. 1. lit. P. Borell. d. l. n. 1.* sicut & consvetudine tolli potest, *Obrecht. de Juram. Calumn. cap. 3. n. 22. Borell. n. 22. Wesenb. in π. C. h. t. n. 5. Hillig. l. 24. c. 3. lit. E.* & Statuto. *Scacc. d. cap. 1. n. 131. Rauchb. part. 1. qu. 10. n. 6.* Exemplum habemus in foro Saxon. de quo *Carpz. part. 1. Const. 12. def. 21.* Idem in Prussiæ Ducatu. Et quia impe-
3 rator duo dicit *in d. §. 4.* 1. A partibus nullo modo remitti posse. 2. Judicem ex officio deferre posse, illud quidem a consvetudine ex parte correctum, hoc vero non, ideoque officii Judicis erit, ut parte non petente, si ita ei visum fuerit, ipse proprio motu exigat, *Petr. Gregor. l. 48. Syntagm. cap 6. n. 10. Asinius de Execut. §. 3. c. 17. n. 1. & 2. Vasq. lib. 2. controv. cap. 64. n. 20. Speckhan. Cent. 2. cl. 4. qu. 27.* quos allegat *Hill. lib. 24. cap. 3. lit. B.* quod etiam in nupero Recessu Imperii repetitum §. Und dieses verordnen wir/ &c. ibi: Oder auch von selben (scil. Judice)
4 in welcherley Theile des Gerichts von Amptswegen aufferlegt/ &c. Et ideo in multis Ordinationibus Judiciorum expresse habetur, juramentum calumniæ, præsertim speciale sive malitiæ, a judice ex officio deferri posse, ut *in Ord. Palat. Elect. tit. 13. Brunswic. tit. 34. Moguntinæ hoc. tit. Luneb. tit. 22. Solmensi tit. 22. Welmitzheimensi hoc tit. Monaster. tit. 9.*

5 Est autem hoc juramentum vel Generale vel Speciale. Generale est, quod ad totam causam præstatur, de quo *in Nov. 49. c. 3.* Speciale vero, quod in certo articulo causæ defertur vel a lege, v.g. ei, qui alteri juramentum judiciale defert. *l. 34. §. 4. ff. de jurej.* si alter id exigat, *Carpz. part. 1. const 12. def. 13.* aliud si lex ipsa deferat juramentum principale. *Carpz. d. const. 12 def. 25. Hill. lib. 24. c. 21. lit. MM.* Exemplum est in jurata specificatione bonorum, *Carpz. d. Const 12. def. 26.* & in jurata diffessione manus, *Carpz. d. C def. 27. Hill. l. 24. c. 21. lit. MM.* Sic etiam si judex deferat juramentum necessarium, calumniæ juramentum non præstandum. *Carpz. d. q. 25.* Referens etiam non præstat juramentum calumn. *Hill. d. c. 21. lit. R.* Sed deferens, si ei referatur,

utrum-

utrumque præstat in foro Saxonico, de quo in foro civili dubitat *Hillig. d. l.* Pluribus etiam in locis receptum, ut ille, qui contra sententiam appellationis vel Restitutionis remedio utitur, jurare teneatur, se non temere, nec ad differendum negotium appellasse, sed extremæ necessitatis causa. *Myns. c. 3. obs. 56.* Sic & in aliis casibus præstatur juramentum calumniæ per *L. 8. §. 5. qui satisdare. L. 5. §. 14. de nov. oper. nunc. L. pen. C. quemadm. testam. aper. L. 1. C. h. t. L. 21. C. de fide instrum. l. 15. ff. Ad exhibendum. l. ult. C. de quæst. servorum. l. 6. §. 2. ff. de Edendo.* Juramentum speciale judex potest deferre, quoties suspicio malitiæ est, quales casus infra aliquoties habebimus. Et, præstito generali juramento calumniæ, postea speciale etiam potest deferri, *cap. 2. §. fin. de juram. Calumn. lib. 6.* in certis casibus, quos refert *Carpz. p. 1. Jurispr. Const. 12. defin. 20.* Sic, præstito juramento calumniæ generali, exigi tamen potest juramentum dandorum & respondendorum, *Mev. p. 3. dec. 175. Et per Nov. 49. & §. ult.* id non mutatum, quia *Nov. 73. c. 7.* posterior est. Nam *in d. §. ult.* hoc tantum habetur, quod præstito generali juramento calumniæ, postea si pars probationem requirat, non teneatur hoc speciale juramentum præstare, cum in generali juramento hoc caput de non requirendis non necessariis probationibus contineatur specialiter. In aliis ergo casibus id non prohibitum. *Don. d. cap. 21. lit. I. & ibi Hill. Rauchbar. p. 1. q. 11. n. 5. Seferus de juram. l. 4. c. 5. n. 18. Franck tit. de jurejurando. n. 60.*

Sed Generale illud in foro Saxon. abolitum, & recte illud fa- 7
ctum tuetur *Dn. Carpzov. d. p. 1. const. 12. def. 21.* 1. Ob levitatem jurantium. 2. Quod ob hoc juramentum viri boni foro abstineant, & 3. quod in foro Saxonico juramento malitiæ locus, quo ipso satis consultum litiganti contra calumniam Adversarii. Sed singulis aliquid reponi posset, nam *prima ratio* etiam contra juramentum malitiæ concludit, & hic majus periculum perjurii, quo major præsumptio calumniæ. *Secunda ratio* consistit in facto dubio, & hæc si concluderet, omnia juramenta excludenda judiciis. *Tertia ratio* negatur, quia potest esse calumnia, ubi nulla tamen calumniæ aut malitiæ præsumptio: forte rationes illæ conjunctæ validiores, præsertum si addatur, quam reddit *Franckius. d. l. n. 26.* quod homines,

mines, quanto generalius verba concipiantur, tanto facilius illa negligant, ideoque non faciamus etiam cum *Authore Parthenii litigiosi*, qui *l. 2. c. 6. n. 16.* hoc remedium tollendum esse existimat, ob levitatem litigantium & Procuratorum. In multis tamen causis melius facerent judices, si omitterent, & quocunque modo id impedirent, aut dissuaderent, ut i. si de facto notabili inter duos lis v. g. de matrimonii promissione, ubi ab una parte perjurium committi indubium est. Ideoque praxis Judiciorum Ecclesiasticorum valde displicet. *Deinde* vix hoc admittendum, ut in iis causis, ubi tantum de quæstione juris lis est, partes juris imperitæ calumniæ juramentum præstent. *Anton. De Ire juram. calumn. c. 20. n. 5.* Et laudanda consvetudo videtur, qua juramentum hoc tacite negligi potest. *Obrecht. c. 11. n. 22. conf. Hill. l. 24. c. 3. lit. E.* Imo de consuetudine expresse remitti potest, & judex sæpe delatum hoc juramentum non injungit, & ex arbitrio suo statuit, an præstandum sit, an non, idque ob multiplicem abusum hujus juramenti, *Mevius part. 4. dec. 164.* &, si judex indulsit, & perjurium liquido commissum, ex officio puniendum. *Covarr. in C. Quamvis. p. 1. §. 79. n. 10. in fin.* Si tamen pars remisit, non tamen judex statim remittere tenetur. *Mevius p. 4. dec. 54.* Sed ne perjurium facile committatur, quamvis *jure Canon. per c. ult. l. 6. h. t. & noviss. Recess. Imper.* procurator admittatur cum speciali mandato, quem etiam Ordinationes Judiciorum pleræque admittunt, quæ volunt, ut Procurator in suam & Principalis animam juret, quod etiam juri communi convenit, *c. 2. §. 1. de juram. calum. l. 6. & Setser. lib. 3. c. 3. numer. 27. & seq.* optandum esset tamen, ut jus Civile in usum reduceretur *in L. 2. §. 3. h. t.* ut partes ipsæ in loco judicii, vel domicilii præstare jubeantur hoc juramentum, quia juramentum est quid personalissimum, *c. 14. X. de jurej.* & magis soliciti sunt de salute animæ litigantes, si ipsi jurent, nec tam facile ad jurandum prosiliunt, & ex jur aturi vultu judex pejerandi proclivem voluntatem melius animadvertere, ac juramentum dissvadere posset, quas rationes in simili adducit *Carpz. d. part. 1. Const. 12. def. 39.* Et hoc, scil. ut litigans non per alium, sed ipse hoc juramentum præstet, habetur *in Ord. Judic. Francof. ad Moenum, tit. 23. §. 6. Item Welmitzhem. hoc. tit. Monaster. tit. 8.* Sic opti-

Digitized by Google

optime constitutum in Electoratu Saxonico, ut juramentum ca-
lumniæ per procuratorem non præstetur. *Carpzov. in process. tit. 12. art. 1. n. 34.* Et potest ipse judex exigere, ut pars principalis juret, si ei ita videatur & ei notior per *c. 3. de juram. calumn. Hill. l. 24. c. 3. lit. K. Joh. a Sande tit. 9. defin. 1. Conf. Dn. Zeglerus ad Lancell. lib. 3. tit. 1. §. 13. Scacc. l. 2. de jud. c. 1. n. 178. &c. Obrecht. de jur. cal. c. 6.*

Deinde ad præcavendum perjurium conduceret, si juramen- 8
tum calumniæ majori cum solennitate præstetur, non coram Protonotario, sed coram judicibus in judicio, aut coram Commissariis singulariter ad id deputatis, adhibito uno vel altero Theologo, quia hoc juramentum est quasi spiritualis tortura, & hi litigantes diligenter moneant, muniant, minentur perjurii gravitatem, litigii pravitatem, &c. quod consilium suggerit *Author Parthenii litigiosi d. cap. 6. n. 24.* quod etiam juri communi satis conveniens est, & fere habetur *in Ordin. Judic. Solm. tit. 22.* Utilissima est ad præcavenda perjuria Ordinatio Regii Tribunalis, qua cautum, ut exigens juramentum calumniæ causam allegaret, cur putaret hoc exigendum, quæ a judice exacte examinanda. *Mevius p. 2. dec. 314. n. 9.*

Et quia jus civile etiam Advocatis & Procuratoribus juramen- 9
tum calumniæ defert in singulis causis, *L. 2. pr. & §. 4. C. de jurejur. propt. Calumn. & L. Rem non novam. 14. § 1. C. de judic.* quod quamvis in desuetudinem abierit, quia verentur, ne religiosiores absterreantur a patrocinio, si toties jurare cogantur, quia tamen Advocati melius, quam partes sciunt, quæ causa sit justa, vel injusta, & penes hos plerumque stat, quo minus lites citius expediantur, & juramentum calumniæ in singulis causis nihil aliud est, quam repetitio illius juramenti, quo ab initio, cum in numerum Advocatorum recepti fuerunt, præstiterunt, & hæc iterato impediat, quo minus immemores sui juramenti semel præstiti conscientiam vulnerent, & Leges per non usum proprie non tollantur, ideo omnino optandum, ut illæ Constitutiones in usum revocentur, *Author Parthen. litig. lib. 2. cap. 6. n. 14. & c. 7. n. 11. 12. & 15* sicut etiam factum in Recessu Nuperr. Imper. §. Über dieses verordnen wir/ &c. ibi. Wie auch denen Procuratoren und Advocaten/ &c. excipiuntur Electorum, Principum & Statuum Consiliarii.

quæ omnes probandæ non sunt; ideoque salubriter constitutum in foro Saxonico ab AUGUSTO Electore *part 1. Const. 10.* ut Reus conventus ad omnia & singula quæque capita libelli, ejusque narrationem & conclusionem sine ambagibus aperte, expresse & specifice respondeat, & hoc pacto litem contestetur, & ni faciat, pœnis in eos, qui litem vel omnino non, vel non sufficienter contestantur, statutis subjaceat; quo ipso occurritur periculis atque incommodis, quæ tum litigatoribus, tum judicibus ipsis ex generali litis contestatione imminent, quia etiam per id lites citius finiuntur, *Moller. ad d. Const. 10. n. 3. & 4. Carpz. l. 3. Resp. 32. n. 7.* quam Constitutionem etiam approbavit Elect. Brandenb. Johannes Sigismund. in Ducatu Prussiæ *lib. 1. tit. 31. §. 4.* idque in nov. Rec. Imper. §. Es solle auch hinführo/ &c. receptum in Augusto Cameræ Tribunali, *ibi* so soll der Citirte und Beklagte ebenmässig in primo termino erscheinen/ und in diesem Termin auff die Klagen kurtz/ nervose und deutlich/ auch unterschiedlich/ und klar/ und worinn das factum anders/ als vom Kläger vorbracht/ und wie es sich eigentlich verhalte/ specificiren/ und auff jeden Puncten mit allen seinen Umständen anzeigen/ &c. quam Constitutionem merito alia inferiora judicia sequuntur, cum ex generali illa litis contestatione sciri non possit, quid
22 probandum sit & super quo in specie pronunciandum. Si ergo actor animadvertat, reum ad omnia membra non sufficienter respondisse, petat specialiorem responsionem Actor, vel Judex ex officio jubeat. *Carpz. d. art. 3. n. 36. & 37. & part. 1. Const. 10. def. 3. Berlich. d. concl. 26. n. 14. &c.* Quæ tamen sunt irrelevantia, ad ea reus respondere non tenetur, ut si injuriatus in libello referat majorum suorum merita, ad id reus respondere non tenetur, vel generaliter potest dicere, hæc se suo loco relinquere. *Carpzov. d. art. 3. num. 59. & d. Constitut. 10. d. n. 1.* Si autem reus jussus plenius respondere, hoc facere renuat, potest etiam in foro Saxon. in expensas condemnari. *Carpz. d. tit. 10. art. 3. num. 8. seqq.* Quamvis etiam jure civili reus contumax in non respondendo possit ad expensas condemnari, ob retardatum processum. Et in Camera Spir. inepta Responsio habetur pro confessione & Actor probare non tenetur. *Recess de Anno 1654. §.* zu welchem Ende.

Alia

Alia etiam litis contestatio est Pura, alia Eventualis, si Exceptionibus dilatoriis sit satisfactum, & hæc in Camera etiam recepta, ubi reus in primo termino una cum dilatoriis statim eventualiter litem contestari debet *per Ord. Cam. part. 3. tit. 13. Obrecht. cap. 4. n. 13. Umm. n. 16.* Et hoc etiam approbatum in nuperrimo Recessu *d. §. ibi* · We auch / was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte / alles auff einmahl bey Straff der Præclusion einbringen / &c. quod etiam reperitur *in* §. Und hat der Beklagte im ersten Termin / &c. Porro alia 12 13
Litis contestatio est pura, alia qualificata, in qua Actoris intentionem Reus partim concedit, partim negat, v. g. concedo me debere, sed sub conditione, & hæc litis contestatio in civilibus onus probandi rejicit in Actorem, vel quod reus pure promiserit, nisi qualitas ex intervallo, & non in ipsa litis contestatione addatur, aut inutiliter, ut si promissio matrimonii concedatur, sed sub conditione inhonesta, vel factum continet diversum & separatum. In criminalibus vero confessio qualificata (scil. feci homicidium, sed animo defendendi) admittitur & probationis onus transfert in Reum. *Carpz. d. t. 10. art. 2. n. 13. & seqq. & d. Const. def. pen.*

Si Reus nolit perspicuis verbis litem contestari, a judice jubendus 14
est, cui jussioni si non pareat, licet Actore denuo non urgente, per ea, quæ tradit *Carpz. l. 5. Resp. 33. n. 11.* lis pro negative contestata habetur, & Actori via probandi aperitur, ut passim observatur *per Ord. Cam. part. 3. tit. 43. Gail. l. 1. obs. 59. n. ult. Wesemb. in C. h. t. n. 23. Trentac. tit. de judic. resol. 3.* Tunc enim lis pro contestata habenda, quando per subterfugia Rei factum est, quo minus is litem contestetur, si ejus contumacia fuerit accusata, *Berl. d. l. n. 14.* nam sine hac accusatione vix haberi potest lis pro contestata. *Thoming. dec. 24. n. 7. Rauchbarus v. 2. q. 28. n. 43. Klock. vol. 3. cons. 187. n. 158.* Putarem tamen, si actor negligens sit in accusanda contumacia Rei, & petendo, ut lis pro contestata habeatur, sub comminatione posse injungi plenam contestationem, & ex officio tandem pro contestata haberi, cum hac in re non tantum interesse actoris, sed & judicis versetur, ne in infinitum Andabatarum more disputent partes, vel alias contra eum, ut contumacem proceditur per varia remedia, quæ recensent *Umm. d. disp. 12. n. 7. Gilcken. d. l.*

S 2 *n. 44.*

n. 44. vel in expensas retardati Processus condemnaturis, qui obscure respondet, *Carpz. p. 1. c. 10. def. 12. & l. 3. Resp. 33. n. 17. & conf. 5. n. 70. vol. 1.* & jubetur denuo clare respondere sub pœna confessi. *Carpz. d. c. 10. d. 14.* Et in foro Saxon. Reus contumaciter recusans litem contestari, habetur pro confesso. *Carpz. d. Const. 10. def. 14.* Si autem actoris interesset, ut specifice reus respondeat, compelli potest, ut præcise litem contestetur. *Trentac. lib. 2. tit. de judic. resolut. 13.*

15 Forma litis contestationis est, ut fiat 1. specifice, de quo antea, 2. verbis perspicuis, Hinc ea fieri non potest per verbum *Credo.* nisi de facto alieno, v. g. defuncti Antecessoris; vel de facto proprio quidem, antiquo tamen, agatur. *Cævall. qu. 442. Carpz. d. const. 10. def. 6. Obrecht. d. Tr. cap. 7. n. 7. Carpz. d. art. 3. n. 13. Coler. p. 1. decis. 11. §. ult.*
16 Atque idem dicendum puto de verbo *Nescio*, licet hanc pro Negativa habendam dicat *Carpz. d. resp. 33. n. 26.* Non opus est etiam, ut expresse dicat, se habere animum litem contestandi, quia hoc jura nullibi requirunt, *Menoch. lib. 2. præs. 30. Obrecht. d. cap. 7. n. 57. Stacc. de judic. lib. 1. cap. ult. n. 3.* nec admittenda est illa responsio: er stelle es dahin. *Carpz. d. l. n. 48. dec. 49.* nec per verbum *dubito* fieri potest. *Cævall. q. 442.* Sed quid si respondet Reus, se non accepisse pecuniam petitam,
17 aut si acceperit, se solvisse? Non puto post d. Constitut. Imperii hanc litis contestationem admittendam esse, nisi agatur de facto alieno defuncti, cujus probabilis est ignorantia, aut de facto proprio antiquo, cujus posset obrepere oblivio. Ubi enim quis simpliciter, perspicue & specialiter respondere cogitur, talis litis contestatio non admittitur. *Pacian. lib. 1. de Prob. c. 21. n. 16. & Berlich. d. concl. 26. n. 9.* Sed consultum esset Actori, potius qualemcunque admittere litis contestationem, ut tamen ad litis ipsius tractationem perveniri possit, possent tamen tales litis contestationes sub certa mulcta a superioribus prohi-
18 beri. Sed quid si protestatio addita de non contestanda lite, sed se hæc dicere saltem pro informando judice? Et quamvis dissentientes sint Dd. opiniones, puto tamen in judicio sustineri posse sententiam Gailii *lib. 1. obs. 73. n. 5. & quos allegat Berlich. d. concl. n. 26.* præsertim ubi Reus ex Ordinatione judicii debebat litem contestari, nam tum contra Statutum protestatio illa nihil operabitur; sicut etiam Reus, si jussus

ized by Goo

ſtis a judice litem conteſtari, tamen addat narrationi facti hanc proteſtationem, hæc ipſum non juvabit, *Maſcard. de Probat. concluſ. 434. n. 20. & ſeqq. Conf. Mev. p. 2. dec. 335.* ſecus ſi dilatoriis uſus, merita cauſæ conjungat pro informatione judicis, nam tunc hujus proteſtationis uſus eſſe poteſt. *Obrecht. cap. 8. n. 24.* Sed hodie non, cum lex Imperii jubeat cum dilatoriis eventualiter litem conteſtari.

Illud etiam ad evitandas lites faceret, ſi per Ordinationem judi- 19
cii Rei ipſi cogerentur litem conteſtari, & non per Procuratores, *arg. L. ult. C. de Procur. & quæ ibi notantur*, quod in inferioribus judiciis facile fieri poteſt. Si tamen ex pluribus unus ſit litem conteſtatus, reliqui huic conteſtationi adhærere poſſunt. *Carpzov. p. 1. Conſt. 10. def. 17. Berlich. Concl. 26. n. 17.*

Illud etiam liti abbreviandæ inſerviret, ſi non in ſcriptis, ſed 20
viva voce ſemper fiat litis conteſtatio, & ex ore conteſtantis ſcriberetur in Actis, uti diſpoſitum *in Ordin. Brandenb. Culmbac. cap. 11. & Monaſter. part. 2. c. 7.*

Effectus litis conteſtatæ præcipui ſunt 1. quod actiones tem- 21
porales reddat perpetuas. *L. ultim. in fin. C. de fidejuſſ. tut. L. ult. C. de præſcript. 30. annor.* Actiones annales reddat tricennales, & tricennales quadragenales, *Obrecht. cap. 10. num. 52.* nam per litis conteſtationem, niſi Actor litem proſequatur, non inducitur mala fides & præſcriptio quadragenaria currere incipit a die litis conteſtationis. *Balbus de præſcript. p. 3. part. 6. princ. num. 42. Klock. conſ. 21. num. 65. vol. 1.* Excipitur tamen actio doli. *l. fin. C. de dolo.* 2. Pœnales Actiones privatas in heredem transmittit, *L. Omnes Actiones. 139. & L. Pœnalia. 164. de R. J.* Præſcriptionem mixtam, id eſt longi temporis interrumpit. *L. 26. C. de Rei vind. Gail. l. 1. obſerv. 74. num. 22. Covarruv. in cap. Poſſeſſor. p. 2. §. 22. num. 4.* Imo hodie omnis Præſcriptio interrumpitur per ſolam citationem. *l. 2. C. de Annali Except. ibique not.* An vero litis conteſtatio ſuper poſſeſſorio interrumpat præſcriptionem ratione dominii, quæritur? quod *affirmat Menoch. conſ. 307. numer. 34. per l. fin. C. de Annali Exc.* Sed textus ille habet duas rationes 1. generalitatem libelli. 2. Quia una eſt alteri acceſſoria. 3. In perſonalibus rem litigioſam facit.

S 3 *Auth.*

Auth. Litigiosa. C. de litigat. & ibi Dd. 4. Quod pro consorte litis absente sine mandato, præstita cautione de rato, quis agere possit. *l. 2. C. de consort. lit.* 5. Inter correos stipulandi ejus, qui agit, meliorem conditionem facit. *l. 16. ff. de duob. reis. l. 9. ff. de V. O.* 6. Popularem actionem agentis efficit. *L. 12. ff. de V. S.* 7. Procurator per eam fit Dominus litis. *L. 22. C. de Procur.* 8. Mendacium amplius revocari non potest. *L. 26. §. 5. ff. de Noxal. Act.* 9. Juxta nonnullas Ordinationes judiciorum potestatem adimit mutandi libelli, quod etiam de jure communi plerique volunt *per L. Edita. C. Edend.* 10. Periculum rei transfert in possessorem, *L. 40. de petit. hered. L. 15. §. ult. de R. V. Donell. lib. 20. cap. 5.* quod intelligendum, postquam possessor cognovit, rem esse Actoris, aut hoc ex documentis scire potuit, nam alias, lite mota, possessor non statim tenetur deserere rem suam & ita relinquere rem indefensam. *L. 40. ff. de petit. hered. & ibi Cujac. & Busius. Donell. l. 20. cap. 5. lit. C. & l. 19. c. 14. lit. O.* 11. Volunt, Possessorem per eam in mala fide constitui, quod universale tamen non est, *L. 4. de petit. hered. l. 25. ff. de Usur. Hartm. Pist part 4. quæst. 27.* ideoque nonnulli ad fructuum perceptionem restringunt, *Menoch. lib. 2. præs. 31.* scilicet, quod si obtineat Actor, Reus a tempore litis contestationis omnes fructus restituere debeat, estque id declarandum ex iis, quæ de periculo jam dicta. 12. Post eam non potest Adjecto solvi, *L. 57. §. 1. de solut.* Ad fructus omnes eum, qui restituere rem debet, obligat. *L. Certum. 22. C. de R. V.* 13. Eum, qui se liti obtulit, judicio adstringit, *L. 25. de R. V.* nam ante litem contestatam potest revocare. *d. l. 25. & 2. seq. Obrecht. cap. 10. num. 33. & seqq.* 14. Veterem obligationem novat, quæ videtur necessaria novatio, non quidem veterem obligationem tollendo, sed novam adjiciendo. *L. 11. & 29. de Novat. Obrecht. cap. 10. num. 24.* 15. Ab hac proprie incipit judicium & instantia. *L. 30. ff. de judic. L. 13. §. 1. C. eod. Nov. 122. c. 2.* Sed de singulis specialibus alibi.

CAPUT

Google

CAPUT XV.
DE JURAMENTO CALUMNIÆ, ET MALITIÆ.

SUMMARIA.

1. *Quid hoc juramentum & quanta ejus necessitas.*
2. *An tacite remitti possit?*
3. *Judex ex officio hoc potest deferre.*
4. *Hoc in statutis repetitum.*
5. *Aliud generale, aliud speciale.*
6. *Cur in foro Saxonico generale jurament. calumn. abrogatum.*
7. *Hoc juramentum ab ipsis partibus præstandum.*
8. *Magna solennitas adhibenda.*
9. *Quid de Advocatis.*
10. *Quid si universitati delatum.*
11. *Quid in turoribus.*
12. *Item in clericis.*
13. *Quibus reverentia debetur, si non tenentur præstare.*
14. *In quibus causis, & n. seq.*
16. *Non præstandum ab inquisito aut accusato.*
17. *Quid in instantia Appellationis.*
18. *An in quæstione juris mota*
19. *Forma hujus juramenti ex jure civili.*
20. *Forma in Recessu Imperii.*
21. *Effectus, & n. seq.*
23. *Non jurantis pœna, & n. seq.*
25. *Excipiuntur criminalia.*
26. *Nisi justa causa recusationis.*
27. *Contumacia procuratoris an Domino noceat.*

Iuramentum calumniæ est juramentum, quo quis affirmat, se credere, se habere causam justam agendi, vel se defendendi, nec se calumniose in lite versaturum, quod ita necessarium ex Constitur. Iustiniani *in l. 2. §. 4. C. de jurejur. propt. calumn.* ut a partibus remitti nequeat, *Borell. lib. 1. decis. tit. 51. n. 9.* quod indubie de eo casu verum, quando a partibus prius præstitum; nam tunc collusionis speciem haberet, & si tum non præstitum, sententia est nulla, *Rol. a Valle cons. 71. n. 7. Gail. l. 1. obs. 84. Klock. V. 1. cons. 44. n. 67. & vol. 3. cons. 186. n. 1.* quamvis is, cujus culpa hoc juramentum non præstitum, hanc nullitatem allegare victus non debeat. *Anton. del. Re. de jurament. calumn. cap. 7. n. 46. Klock. d. cons. 186. n. 11.* Unde contra improbam cautelam placuit *in Recessu deputat. de Anno 1600.* ut non sufficiat juramentum hoc

hoc esse in scriptis petitum, sed & oretenus peti debere. *Obrecht. de ju-*
2 *ram. calumn. cap. 11. n. 29.* Verum generalius adhuc verba Imperato-
ris videntur intelligenda, adeo, ut ne tacite quidem remitti possit:
consvetudine tamen videmus receptum esse, tacite remitti posse, *Scac.*
lib. 2. de Judic. cap. 1. lit. P. Borell. d. l. n. 1. sicut & consvetudine tolli
potest, *Obrecht. de Juram. Calumn. cap. 3. n. 22. Borell. n. 22. Wesenb. in*
π. C. h. t. n. 5. Hillig. l. 24. c. 3. lit. E. & Statuto. *Scacc. d. cap. 1. n. 131.*
Rauchb. part. 1. qu. 10. n. 6. Exemplum habemus in foro Saxon. de quo
Carpz. part. 1. Const. 12. def. 21. Idem in Prussiæ Ducatu. Et quia impe-
3 rator duo dicit *in d. §. 4.* 1. A partibus nullo modo remitti posse. 2. Ju-
dicem ex officio deferre posse, illud quidem a consvetudine ex parte
correctum, hoc vero non, ideoque officii Judicis erit, ut parte non pe-
tente, si ita ei visum fuerit, ipse proprio motu exigat, *Petr. Gregor. l. 48.*
Syntagm. cap. 6. n. 10. Asinius de Execut. §. 3. c. 17. n. 1. & 2. Vasq. lib. 2.
controv. cap. 64. n. 20. Speckhan. Cent. 2. cl. 4. qu. 27. quos allegat *Hill.*
lib. 24. cap. 3. lit. B. quod etiam in nupero Recessu Imperii repetitum
§. Und dieses verordnen wir/ &c. ibi: Oder auch von selben (scil. Judice)
4 in welcherley Theile des Gerichts von Amptswegen aufferlegt/ &c. Et
ideo in multis Ordinationibus Judiciorum expresse habetur, juramen-
tum calumniæ, præsertim speciale sive malitiæ, a judice ex officio de-
ferri posse, ut *in Ord. Palat. Elect. tit. 13. Brunswic. tit. 34. Moguntina*
hoc. tit. Luneb. tit. 22. Solmensi tit. 22. Welmitzheimensi hoc tit. Mona-
ster. tit. 9.

5 Est autem hoc juramentum vel Generale vel Speciale. Generale
est, quod ad totam causam præstatur, de quo *in Nov. 49. c. 3.* Speciale
vero, quod in certo articulo causæ defertur vel a lege, v. g. ei, qui alteri
juramentum judiciale defert. *l. 34. §. 4. ff. de jurej.* si alter id exigat,
Carpz. part. 1. const. 12. def. 13. aliud si lex ipsa deferat juramentum
principale. *Carpz. d. const. 12. def. 25. Hill. lib. 24. c. 21. lit. MM.* Exem-
plum est in jurata specificatione bonorum, *Carpz. d. Const. 12. def. 26.*
& in jurata diffessione manus, *Carpz. d. C. def. 27. Hill. l. 24. c. 21. lit. MM.*
Sic etiam si judex deferat juramentum necessarium, calumniæ jura-
mentum non præstandum. *Carpz. d. q. 25.* Referens etiam non præstat
juramentum calumn. *Hill. d. c. 21. lit. R.* Sed deferens, si ei referatur,
utrum-

Google

utrumque præstat in foro Saxonico, de quo in foro civili dubitat *Hillig. d. l.* Pluribus etiam in locis receptum, ut ille, qui contra sententiam appellationis vel Restitutionis remedio utitur, jurare teneatur, se non temere, nec ad differendum negotium appellasse, sed extremæ necessitatis causa. *Mynſ. c. 3. obſ. 56.* Sic & in aliis casibus præstatur juramentum calumniæ per *L. 8. §. 5. qui ſatisdare. L. 5. §. 14. de nov. oper. nunc. L. pen. C. quemadm. teſtam. aper. L. 1. C. h. t. L. 21. C. de fide inſtrum. l. 15. ff. Ad exhibendum. l. ult. C. de quaeſt. ſervorum. l. 6. §. 2. ff. de Edendo.* Juramentum speciale judex potest deferre, quoties suspicio malitiæ est, quales casus infra aliquoties habebimus. Et, præstito generali juramento calumniæ, postea speciale etiam potest deferri, *cap. 2. §. fin. de juram. Calumn. lib. 6.* in certis casibus, quos refert *Carpz. p. 1. Jurispr. Conſt. 12. defin. 20.* Sic, præstito juramento calumniæ generali, exigi tamen potest juramentum dandorum & respondendorum, *Mev. p. 3. dec. 175. Et per Nov. 49. & §. ult.* id non mutatum, quia *Nov. 73. c. 7.* posterior est. Nam *in d. §. ult.* hoc tantum habetur, quod præstito generali juramento calumniæ, postea si pars probationem requirat, non teneatur hoc speciale juramentum præstare, cum in generali juramento hoc caput de non requirendis non necessariis probationibus contineatur specialiter. In aliis ergo casibus id non prohibitum. *Don. d. cap. 21. lit. I. & ibi Hill. Rauchbar. p. 1. q. 11. n. 5. Seſferus de juram. l. 4. c. 5. n. 18. Franzk tit. de jurejurando. n. 60.*

Sed Generale illud in foro Saxon. abolitum, & recte illud factum tuetur *Dn. Carpzov. d. p. 1. conſt. 12. def. 21.* 1. Ob levitatem jurantium. 2. Quod ob hoc juramentum viri boni foro abstineant, & 3. quod in foro Saxonico juramento malitiæ locus, quo ipso satis consultum litiganti contra calumniam Adversarii. Sed singulis aliquid reponi posset, nam *prima ratio* etiam contra juramentum malitiæ concludit, & hic majus periculum perjurii, quo major præsumptio calumniæ. *Secunda ratio* consistit in facto dubio, & hæc si concluderet, omnia juramenta excludenda judicus. *Tertia ratio* negatur, quia potest esse calumnia, ubi nulla tamen calumniæ aut malitiæ præsumptio: forte rationes illæ conjunctæ validiores, præsertim si addatur, quam reddit *Franzkius. d. l. n. 26.* quod ho- 7

 mines,

mines, quanto generalius verba concipiantur, tanto facilius illa negligant, ideoque non faciamus etiam cum *Authore Parthenii litigiosi*, qui *l. 2. c. 6. n. 16.* hoc remedium tollendum esse existimat, ob levitatem litigantium & Procuratorum. In multis tamen causis melius facerent judices, si omitterent, & quocunque modo id impedirent, aut dissuaderent, ut 1. si de facto notabili inter duos lis v. g. de matrimonii promissione, ubi ab una parte perjurium committi indubium est. Ideoque praxis Judiciorum Ecclesiasticorum valde displicet. *Deinde* vix hoc admittendum, ut in iis causis, ubi tantum de quæstione juris lis est, partes juris imperitæ calumniæ juramentum præstent. *Anton. Delre juram. calumn. c. 20. n. 5.* Et laudanda consvetudo videtur, qua juramentum hoc tacite negligi potest. *Obrecht. c. 11. n. 22. conf. Hill. l. 24. c. 3. lit. E.* Imo de consuetudine expresse remitti potest, & judex sæpe delatum hoc juramentum non injungit, & ex arbitrio suo statuit, an præstandum sit, an non, idque ob multiplicem abusum hujus juramenti, *Mevius part. 4. dec. 164.* &, si judex indulsit, & perjurium liquido commissum, ex officio puniendum. *Covarr. in C. Quamvis. p. 1. §. 7 9 n. 10. in fin.* Si tamen pars remisit, non tamen judex statim remittere tenetur. *Mevius p. 4. dec. 54.* Sed ne perjurium facile committatur, quamvis *jure Canon. per c. ult. l. 6. h. t. & noviss. Recess. Imper.* procurator admittatur cum speciali mandato, quem etiam Ordinationes Judiciorum pleræque admittunt, quæ volunt, ut Procurator in suam & Principalis animam juret, quod etiam juri communi convenit, *c. 2. §. 1. de juram. calum. l. 6. & Setser. lib. 3. c. 3. numer. 27. & seq.* optandum esset tamen, ut jus Civile in usum reduceretur *in L. 2. §. 5. h. t.* ut partes ipsæ in loco judicii, vel domicilii præstare jubeantur hoc juramentum, quia juramentum est quid personalissimum, *c. 14. X. de jurej.* & magis soliciti sunt de salute animæ litigantes, si ipsi jurent, nec tam facile ad jurandum prosiliunt, & ex juraturi vultu judex pejerandi proclivem voluntatem melius animadvertere, ac juramentum dissvadere posset, quas rationes in simili adducit *Carpz. d. part. 1. Const. 12. def. 39.* Et hoc, scil. ut litigans non per alium, sed ipse hoc juramentum præstet, habetur *in Ord. Judic. Francof. ad Mœnum, tit. 23. §. 6. Item Welmtzhem. hoc. tit. Monaster. tit. 8.* Sic opti-

Google

optime constitutum in Electoratu Saxonico, ut juramentum calumniæ per procuratorem non præstetur. *Carpzov. in process. tit. 12. art. 1. n 34.* Et potest ipse judex exigere, ut pars principalis juret, si ei ita videatur & ei notior per *c. 3. de juram. calumn. Hill. l. 24. c. 3. lit. K. Joh. a Sande tit. 9. defin. 1. Conf. Dn. Zieglerus ad Lancell. lib. 3. tit. 1. §. 13. Scacc. l. 2. de jud. c. 1. n. 178. &c. Obrecht. de jur. cal. c. 6.*

8 Deinde ad præcavendum perjurium conduceret, si juramentum calumniæ majori cum solennitate præstetur, non coram Protonotario, sed coram judicibus in judicio, aut coram Commissariis singulariter ad id deputatis, adhibito uno vel altero Theologo, quia hoc juramentum est quasi spiritualis tortura, & hi litigantes diligenter moneant, muniant, nimentur perjurii gravitatem, litigii pravitatem, &c. quod consilium suggerit *Author Parthenii litigiosi d. cap. 6. n. 24.* quod etiam juri communi satis conveniens est, & fere habetur *in Ordin. Judic. Solm. tit. 22.* Utilissima est ad præcavenda perjuria Ordinatio Regii Tribunalis, qua cautum, ut exigens juramentum calumniæ causam allegaret, cur putaret hoc exigendum, quæ a judice exacte examinanda. *Mevius p. 2. dec. 314. n. 9.*

9 Et quia jus civile etiam Advocatis & Procuratoribus juramentum calumniæ defert in singulis causis, *L. 2. pr. & §. 4. C. de jurejur. propt. Calumn. & L. Rem non novam. 14. § 1. C. de judic.* quod quamvis in desuetudinem abierit, quia verentur, ne religiosiores absterreantur a patrocinio, si toties jurare cogantur, quia tamen Advocati melius, quam partes sciunt, quæ causa sit justa, vel injusta, & penes hos plerumque stat, quo minus lites citius expediantur, & juramentum calumniæ in singulis causis nihil aliud est, quam repetitio illius juramenti, quo ab initio, cum in numerum Advocatorum recepti fuerunt, præstiterunt, & hæc iterato impediat, quo minus immemores sui juramenti semel præstiti conscientiam vulnerent, & Leges per non usum proprie non tollantur, ideo omnino optandum, ut illæ Constitutiones in usum revocentur, *Author Parthen. litig. lib. 2. cap. 6. n. 14. & c. 7. n. 11. 12. & 13.* sicut etiam factum in Recessu Nuperr. Imper. §. Uber dieses verordnen wir/ &c. ibi. Wie auch denen Procuratoren und Advocaten/ &c. excipiuntur Electorum, Principum & Statuum Consiliarii.

10 Si juramentum calumniæ delatum Universitati, non præstatur per Syndicum, ut putat *Berlich. part. 1. conclus. 31. n. 23.* Sed per Seniores Collegii, & qui scientiam negotii habent, quod fundatum esse videtur *in L. 2. §. 5. C. de jurejur. propter cal.* & in judiciis passim, præsertim Saxonicis receptum esse, testatur *Setser. d. c. 3. n. 44.* & de praxi Saxonica testatur *Carpz. d. art. 1. n. 35.* Sicut & juramentum judiciale per Seniores præstandum. *Carpzov. d. art. 2. n. 49. & seqq.*

11 Tutores tamen & Curatores debent ad hoc admitti, imo compelli *per d. l. 2. §. 2. Scacc. de Judic. lib. 2. c. 1. n. 20. Donell. & ibi. Hillig. l. 24. c. 3. lit. L. Delre de juram. calumn. c. 15. n. 118.* & Minores, imo & pupilli ipsi doli capaces, si personam standi in judicio pro natura causæ habeant, *Setser. d. c. 3. n. 34. & seqq.* licet judiciale juramentum pupillo delatum differendum. *Carpz. tit. 11. art. 2. n. 38.* Et si defunctus juravit, heres tamen etiam jurare debet. *Scacc. d. c. 1. n. 42.*

12 Clerici etiam litigantes tenentur jurare, imo & ipse Episcopus tactis Evangeliis, *c. 3. & fin. h. t. Delre d. Tr. c. 15. n. 374. Obrecht. de juram. calumn. c. 8. n. 15. Borcll. lib. 1. tit. 51. num 24.* Et qui ex Legis *Diffamari* practica compulsus est agere, ab hoc juramento immunis non est. *Mevius p. 3. dec. 277.* Nec exempti præcipui Principum Consiliarii, nisi quod domi jurent. *Mev. p. 5. dec. 237.*

13 Solent tamen Personæ quædam, quibus reverentia debetur, ut Parentes, Patroni, Domini, excipi, quibus a liberis, libertis & vasallis ob reverentiam iis debitam, hoc juramentum deferri non debet *per L. 16. & 34. ff. de jurejur. 2. F. 33. Obrecht. c. 5. num. 17. & c. 8. num. 18. Berlich. d. conclus. 31. n. 9. Carpzov. part. 1. const. 12. def. 24.* De ministris nostris vide *Mevium p. 3. dec. 278.*

14 In omnibus causis etiam hoc juramentum præstandum, etiam summariis, cum etiam in illis calumniari quis possit. *Setser. lib. 3. cap. 4. num. 4.* Etiam hodie in spiritualibus, licet olim contra, cum experientia docuerit & hic multos multa calumniose egisse. *per c. 1.*
15 *§. fin. lib. 6. h. t. Scacc. d. cap. 1. num. 148. Delre cap. 10. num. 37.* Etiam in Criminalibus. *c. 1. X. h. t. & ibi. Panorm. num. 12. Carpan. ad Statut. Mediol. vol. 1. cap. 67. num. 2. Ummius. disp. 12. num. 44. Scacc. d. cap. 1. num. 157.* A reo tamen criminis capitalis ob periculum perjurii exigi

non

Digitized by Google

non solet, quod experientia & ratio firmat. Et in Instantia Appel- 16
lationis, licet in prima juratum sit; Licet enim sit eadem causa eæ- 17
demque personæ, opinio tamen personæ non est eadem, quæ per Acta
& sententiam melius informata esse potest, *Scacc. d. cap. 1. n. 166. Delre
d. cap. 19. n. 81. & seqq. Anthon. Rosell. in C. Si autem. §. Post secundam. c. 2.
q. 7. n. 2. & 3.* licet Appellato, qui pro se sententiam habet & præsumpti-
onem, non facile hoc juramentum deferendum sit, nisi novos alle-
gationes proponat. *Mev. p. 2. dec. 324.* Juramentum generale ad quæ-
stiones incidentes in eadem instantia pertinere puto ob *Nov. 49. c. fin.
ibi: quia in tota lite, siquidem requisiverit probationes &c.* Excipiunt 18
tamen 1. quando partes in facto conveniunt, sed in jure litigant,
quod ita intelligendum, si quæstio illa in lege diserte decisa, vel in
appicatione legis ad factum nulla sit controversia. Vid *Hillig. d. c. 3. lit.
G. Delre. d. c. 19. & seq. Scacc. d. c. 1. n. 39. & seqq. Berlich. d. concl. 31. n.
26. & seq.* quo casu melius Advocatis, quam partibus, jura ignoran-
tibus, juramentum hoc defertur. 2. Quæstiones facti notorii præser-
tim permanentis. *Borell. d. l. n. 18. Setser. n. 36.*

Forma ejus in genere est, quod sit credulitatis, non veritatis. 19
Obrecht. cap. 10. n. 23. Delre. c. 8. Scacc. n. 60. Jurat enim se 1. justam cau-
sam fovere agendo vel se defendendo. 2. Se interrogatum nolle diffi-
teri veritatem. 3. Se nihil corrumpendi cujuspiam gratia daturum.
Auth. Principales. C. h. t. 4. Falsa probatione se non usurum. 5 Se nul-
lam probationem non necessariam petiturum. *Auth. In isto. C. d. t.* 6.
Litem se temere non protracturum. *d. L. 2. pr. C. h. t. Vid. Obrech. c. 10.
Borell. n. 7. Hillig. d. c. lit. F. In Recess. Imper. de Anno 1654. §.* Uber die-
ses verordnen Wir &c. hæc habetur forma: Daß sie eine gerechte Sache 20
zu haben gläuben / was sie vorbringen und begehren / nicht aus gefährde
oder böser Meynunge / noch zu Uffschub und Verlängerung der Sachen /
sondern allein zur Nothdurfft thun / die Warheit nicht verhalten / auff
des Gegentheils Vorbringen oder Erzehlung der Geschicht in allen sei-
nen Umständen ohne Gefährde antworten / (Obiter ex hoc colligo ju-
ramentum calumniæ ante litem contestatam in Camera præstari
debere, nam, postquam lis contestata est per contrariam narratio-
nem facti, frustra hæc clausula juramento inserta esset, quippe jam

responsio facta est, quod etiam rationi conveniens, quia in narratione facti omnium maxime calumniari quis & mentiri potest, cum etiam in primordio litis peti id debere *ex l. 2. pr. & §. ult. C. h. t.* constet, unde non immerito miratur *Franzk. ad tit. de jurejur. num. 56.* a nonnullis hoc etiam post causæ conclusionem admitti) und so bald sie aus denen Beweißthumen/oder sonst in progressu der Sachen befinden würden/daß sie eine unrechte Sache hätten/davon abstehen/ und sich deren gäntzlich entschlagen wollen/ quæ ultima clausula in juramento Advocati in singulis causis præstando habetur *in d. L. Rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* Et quamvis hoc periculosum videatur *Zasio ibid.* & aliis nodum in scirpo quærentibus, juri tamen Divino & Humano convenit. *Vid. Vivius decis. 113. num. 10.* & quos allegat *Doring. in Biblioth. in voce Advocatus. num. 297.*

21 Effectus juramenti hujus præstiti est, quod cessare faciat præsumptionem calumniæ *Menoch. lib. 1. præsumpt. 58 num. 11. Ummius. d. disp. 12. n. 51.* nisi calumnia tam evidens, ut præsumptionem ex juramento natam penitus elidat. *Obrecht. cap. 12. num. 7. Setser. lib. 3. c.*
22 *8. num. 22.* Non tamen liberat ab expensarum refusione, tum, quia expensæ non tantum ob calumniosam litem, sed etiam ob temeritatem debentur, *L. 59. ff. de judic.* & alias Jure Justinianeo, quo semper de calumnia jurabatur, nunquam in expensas victus condemnatus fuisset. *Covarr. Pr. Q. 27. n. 1. Obrecht. d. c. 12. n. 12. & seq.*

23 Si Reus vel Actor nolit juramentum hoc delatum præstare, ille pro confesso habetur, hic causa cadit, ut tamen præcedat super hac contumacia sententia declaratoria per *L. 2. §. 6. C. de jurejurand. propt. calumn. c. fin. §. fin. X. h. t. Gail. lib. 1. obs. 86. n. 1.* Et si is, qui juramentum judiciale detulit, nolit de calumnia jurare, juramentum judiciale pro præstito habetur, *Moll. ad Const. Elect. Sax. p. 1. Const. 12. n. 4. Carpz. d. tit. 12. art. 1. n. 50.* Et usque ad sententiam mora potest purgari præstando Interesse. *Gail. d. l. n. 2. & seq. Obrecht. cap. 12. n. 19.*
24 *Delre cap. 21. n. 9. Scacc. d. cap. 1. n. 101.* Et habetur tantum in eo puncto pro confesso, super quo speciale juramentum calumniæ fuit
25 præstitum, *Scacc. de judic. l. 2. c. 1. n. 88. Gail. l. 1. obs. 87.* neque hoc locum habere putant in criminalibus, cum ibi luce meridiana clario-

res

res probationes requirantur. *Scacc. d. c. 1. n. 160.* Unde sequitur, in causa famosa nolentem jurare, quasi confessum, infamem fieri. *arg. d. l. 2. §. 2. C. de jurej. propt. calumn. Freher. infam. c. 8. n. 24. & c. 12. n. 9.*

Si tamen recusans justam habeat recusationis causam, pœnæ hæ 26 cessant, v. g. si Actorum copiam ad deliberandum accipere non potuit, *Camill. Borell. d. l. n. 59.* si Advocatus compulsus ad patrocinandum.

Nec contumacia Procuratoris Domino nocet, quæ æquior 27 sententia est in Camera recepta, Gaillio *lib. 1. obs. 89. testante. Delre cap. 21. n. 13. Obrecht. cap. 17. n. 23.* Imo Procuratorem, si propterea recuset, quod in quacunque parte judicii intelligat, Principalem suum causam injustam fovere, mulcta afficiendum non puto, ut vult *Gail. d. l. n. 5.* nam non potuit commode ante visas probationes contrarias de justitia partis adversæ judicare, & sic negligentiæ pœnam ferre nequit, quod idem dicendum de Tutorum & Prælatorum recusatione. *Delre d. c. 21. n. 11. & seqq.*

CAPUT XVI.
DE
EXCEPTIONIBUS PEREMPTORIIS.

SUMMARIA.

N. 1. Quando opponenda Except. peremptoria, & numeris seqq.

4. Quando peremptoria Except. etiam post sententiam opponi possit. n. 5. & 6 quæ exceptiones ante litem contestatam ad eam excludendam allegari possint.

7. An reo possit statui terminus, ad omnes Exceptiones proponendas.

8. Quid in Camera Spirensi.

9. Quid in nupero Recessu Imperii constitutum, & n. seq.

10. Aliud medium abbreviandæ (in hoc Puncto) litis.

11. Exceptiones generales non admittendæ.

12. Exceptio in negando consistens, a reo non est probanda.

13. An opposita exceptione lis contestata.

14 An contrariis exceptionibus uti liceat, & n. seq.

16. De L. Siquidem. C de Except.

17. Quid si excipiendo conditio objiciatur

18. Quid de practica Legis Si contendat ff. de fidejuss.

19. An Exceptio a judice supplenda.

20. De foro Saxonico.

21. De Replicatione, & numer. seq.

23. Reus, qui exceptionem suam non potest probare, in Expensas debet condemnari.

Post

1 POst litis contestationem opponuntur Exceptiones Peremptoriæ, *L. 2. C. Senten. rescind. non poss.* adeo, ut ante litem contestatam opponi quidem possint, sed probatio earum in tempus post li-
2 tem contestatam differatur *per L. 8. & 9. C. de Except. Mynsing. Cent. 1. obs. 24. Wurmser. l. 1. obs. 111. 8. obs. 5. n. 1.* & hos citans *Hillig. in Donell. l. 22. c. 8. lit. H.* imo usque ad conclusionem in causa eas opponi posse, crebrioribus interpretum & Pragmaticorum suffragiis probata invaluit sententia, teste *Zas. in L. 2. §. ult. & L. seq. de Except. n. 5.* & quos *d. l.* allegat *Hillig. & Ummius. disp. 8.* ubi statuit post *L. 2. C. de pedan. judic.* in omnibus tum stricti juris, tum bonæ fidei judiciis hoc procedere, quamvis verius sit, exceptionem peremptoriam statim annectendam esse contestationi litis *l. 8. & 9. C. de Except. l. 9. C. de præscript. longi temporis. Zang. de. Exc. p. 3. c. 26. n. 34. Donell. in d. l. 9. n. 6. Carpz. in Proc. tit.*
3 *9. art. 7. n. 5. & seqq. & l. 2. Resp. 3. n. 13. & seqq.* Quod autem ad sententiam usque eas opponi posse statuunt, id ita explicandum, ut liceat ad conclusionem in causa usque, postquam nihil novi allegandum, *Ummi-*
4 *us d. l.* Imo sex casibus potest Exceptio Peremptoria post sententiam opponi. 1. Si post sententiam supervenerit. *arg. L. 1. C. de re jud. & L. 11. §. 4. de Exc. rei jud.* 2. Si antea quidem competebat, sed judicium reddat nullum, ut si sententiæ pro matrimonio latæ opponatur exceptio consanguinitatis 3. Si non contradicat sententiæ, ut Exceptio beneficii competentiæ, cedendarum actionum, non soluti pretii & similium, vel executionem modificat, *Klock. cons. 99. n. 44. v. 1.* ut si executioni opponatur moderamen ex Recessu Imp. de anno 1654. *Mevius p. 2. dec. 329.* item Exceptio Legis Anastasianæ, *Mev. p. 3. dec. 186.* vel 4. quæ ostendunt obligationem nondum esse ratam vel ipso jure extinctam ut exceptio solutionis, compensationis, depositionis, simulationis, falsitatis, præscriptionis, vel non impleti contractus. *Zang. l. 3. cap. 26. numer. 77.* 5. Si sententia per restitutionem rescindatur, aut per Appellationem suspendatur. 6. Si Exceptio vel Persona, *ut in L. 1. C. de jur. & fact. ignor.* habeat hoc speciale Privilegium, ut possit post Sententiam opponi, ut SCtum Maced. & Vellej. *L. 11. ff. ad SCt. Maced. Vid. Salyc. in L. 1. C. de jur. & fact. ignor. Speculat. in tit. de Execut. Sent. §. fin. Gail. lib. 2. obs. 17. Bachov. in Treutl.*

Vol. 2.

vol. 2. disp. 26. th. 7. pag. 776. Zang. de Except. part. 4. cap. 1. n. 150. Umm. d. disp. 8. n. 59. Joh. a Sande in Tr. de Cession. Act. c. 6. n. 29.

Sed sunt quædam exceptiones, quæ ante litem contestatam; proponi non tantum, sed & probari possunt. ad hunc effectum, ut Reus litem contestari non teneatur, & ab actione penitus absolvatur, & allegantur tres in *c. 1. de lit. contest. lib. 6.* scil. Rei judicatæ, transactæ, vel per [illegible]amentum finitæ, quibus nonnulli accensent etiam cæteras exceptiones, quibus actio eliditur. Sed in tribus illis aliquid speciale esse videtur, ideo illæ admittendæ ante litem contestatam, licet in continenti probari non possint: Causa autem privilegii tum in rei judicatæ & transactæ ac juramenti favore consistit, tum quod plerumque harum paratiores sint probationes, ideoque tunc admittendæ hæ Exceptiones, si producantur documenta in originali, vel in copia, cum oblatione originalium ad proximum terminum. *Mev. p. 3. dec. 225.* Quibus tamen communiter addunt præscriptionis Exceptionem, solutionis, non competentis actionis, item tu nondum a tua parte implevisti contractum, tua non interest, excussionis, si in continenti probari possint. *Conf. Menoch. conf. 2. n. 111. & conf. 55. n. 2. Klock. conf. 11. n. 129. & n. 339. & conf. 10. n. 483. & conf. 11. n. 124. vol. 1.* Quodsi autem opposita exceptio est liquida, sed replica est illiquida, pro exceptione sententia ferenda est, & replica in tractationem ulteriorem post litis contestationem est rejicienda, v. g. si actor transactionem fateatur, sed eam rescindendam esse urgeat. *Mev. p. 3. dec. 226.*

Sed & aliæ exceptiones ante litem contestatam admittuntur, si in 6
continenti probari possint, *Vid. Hillig. in Donell. lib. 22. c. 8. lit. I. Klock. consil. 96. n. 2. Menoch. lib. 2. A. Q. cas. 19. Hondedeus conf. 88. n. 37. vol. 1. Trentac. lib. 2. tit. de Except. resol. 3. Umm. d. disp. 8. n. 578. Conf. Tuschus concl. 394. & seq. lit. C. Monach. Pract. part. 5. §. 6. cap. 4. num. 7.* Sed si illæ & hæ in continenti non probentur, vel Actor contrarium probet, tunc injungi solet reo litis contestatio, & exceptio ipsi post litem contestatam reservari his formalibus: Daß Beklagter seines Einwendens ungeachtet / und bey Straffe des Ungehorsams / auff die erhobene Klage sich einzulassen und zu antworten schuldig / und werden

u ihme

ihme seine Exceptiones peremptoriæ, so viel daran erheblich und nach der litis contestation zerstörlicher Weise einzuwenden hat/ billig vorbehalten. *Carpz. p.1. C.3. def. 14.*

7 Sed quia Reus unam post aliam exceptionem opponendo potest litem protelare, ideo hanc cautelam dant Practici, ut exemplo dilatoriarum *in C. Pastoralis. 4. h.t.* Actor petat, Reo statui certum terminum, in quo omnes Exceptiones peremptorias, si quas se habere putet, opponat sub pœna præclusi. *Specul. de Except. §.3. n.19. Umm. d. disp. 8. n.60. Blarerus ad L. Diffamari. cap.7. n.18. Sichard. in L. fin. n.11. C. de furt.* Schwartzenthaler *de Process. lib.1. cap.7. Carpz. d. l.3. def.13.*

8 Quod in necessitatem juris tractum *per Ord. Cameræ part.3. tit.27.* ubi Rei jubentur omnes exceptiones uno termino simul & conjunctim proponere, vel saltem priusquam prima dilatio ad probandum detur Actori, nisi post terminum competere cœperint, vel antea ignoratæ fuerint, idque juramento testatum faciat ad exemplum *d. C. Pastoralis. Mynf. Cent.5. obs.89.* & quos *d. cap.3. lit. H. in fin.* citat. *Hillig.* idque etiam *in Ordin. Judicii Spanheimensis* dispositum. *tit.33. & Republ. Francof. ad Mœnum tit.19. §.16. & Brunswic. tit.30. in fin. Pomeranica. tit. de Except. Perempt. §.2. Hassiaca, tit.15.* ubi additur, in duplo in scriptis offeratur, Idem disposuit Sereniss. Elector Brandenb. JOHANNES SIGISMUNDUS *in Ordin. Prutenica tit. 25. art.12. §.5.*

9 Et hoc etiam repetitum in nuperrimo Recessu de Anno 1654. § Es soll auch hinführo &c. ubi dicitur, Exceptiones non tantum dilatorias in primo termino proferendas, & item eventualiter contestandam esse, sed etiam additur, cum litis contestatione etiam omnes Exceptiones peremptorias opponi debere, his verbis: Es soll der Beklagte kurtz/ nervose und deutlich/ auch unterschiedlich und klar/ ob und worinn das factum anders/ als vom Kläger vorbracht/ und wie es sich eigentlich verhalte/ specifice und auff jeden Puncten rc. anzeigen/ wie auch was er dabey dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte/ alles auff einmahl/ bey Straff der præclusion einbringen/ rc. Et stante hac Constitutione non subsistit Sententia Gailii *lib.1. obs.105. n.16.* & Ummii *disp. 8. n.64.* quod exceptiones peremptorias, attestatis publicatis, opponere liceat, nisi postea competere cœperint aut innotuerint. Et in

foro

oro Saxonico Reus exceptionem peremptoriam omissam, ne quidem in reprobatoriis articulis deducere valet, aud si id fiat, judex ejus rationem non habet, *arg. l. 38. ff. Communi div. Carpz. d. l.* quod forte aliquis de exceptionibus juris posset intelligere, non de iis, quæ facti sunt, ne condemnetur reus sine competente contra eum actione. Quinimo 10
consultum esse puto, ut Reus jubeatur, si exceptiones per documenta probandæ, aut per testes, illo casu simul documentorum copias producere, *Ant. Faber. l. 9. Cod. tit. 22. art. 17.* hoc casu vero Commissarios in eventum petere, ut in proxima Actor, si quas habeat, exceptiones contra Commissarios, replicando una opera proferre, aut adjungi Commissarium petere possit. *Autor discursus* Vom Justitien-Werck. *apud Wehnerum* §. Und dieweil sich auch. *p. m. in Wehnero 271. Author Parthenii litigiosi part. 2. c. 13. n. 24.*

Nec audiri debent Rei opponentes exceptiones generales. v. g. *Tibi* 11
non competit Actio, tua non interest, & simil. nisi & probatoria simul allegentur in specie, *Ant. Faber. d. l.* v. g. cur illius non intersit. *Vasq. part. 1. controv. illustr. lib. 7. cap. 22. n. 13.* Sic si excipiat reus, actorem non satisfecisse contractui, non expressa causa, hæc exceptio non relevat. *Klock. vol. 3. consf. 149. n. 325.* Sic non admittenda Exceptio juris tertii per *l. 4. §. 7. si servit. vind.* Et sic Exceptio non impleti contractus ab eo tantum opponenda, cui vel cujus in gratiam hoc vel illud implendum erat. *Menoch. cons. 1. n. 270.* Quando tamen Exceptio ex jure tertii sumpta, jus agendi perimit, & in effectu concludit, actorem sine actione agere, hæc exceptio juris tertii admittenda, *l. ult. C. de Rei Vindic. l. 6. C. de servo fugit. Hill. in Don. l. 20. c. 7. lit. D. Menoch. cons. 90. n. 120.* Sic admittitur Exceptio: habes parem in gradu, qui succedit, vel qui te sit potior. *Menoch. cons. 665. n. 11. & cons. 769. n. Klock. vol. 3. cons. 11. n. 39.* Sic Exceptio simulationis etiam a tertio opponi potest, 12
Klock. vol. 3. cons. 136. n. 38. & omnis, quæ inhabilem reddit actorem ad agendum, *Menoch. cons. 756. n. 17. & seq.* Si exceptio in negatione consistat, non incumbit Reo probatio, sed actori, ut in exceptione non impleti contractus, ubi Actor tenetur probare se satisfecisse contractui, *arg. L. 13. §. 8. ff. de Act. empt. Masc. concl. 891. Zang. part. 3. cap. 22. n. ult. Carpz. lib. 2. Resp. 88.* & in exceptione non numeratæ pecuniæ

vel dotis, *L. 14. C. de non numer. pecun. Gail. lib. 2. obs. 81. n. 8.* non teneretur Reus adducere probatoria, etiam stante Statuto, quod ad probationem exceptionis statim se offerre debeat, nam illud ex jure communi esset declarandum.

13 Si autem Reus non sit expresse litem contestatus, sed loco ejus opposuerit exceptionem peremptoriam, non præsumitur litem contestatus esse *per c. fin. de lit. contest. l. 6.* quod in jure communi concedimus cum *Gilkenio in L. un. C. de lit. contest. n. 31.* sed in judiciis nostris, ubi jubentur vel à Statuto vel à judice litem contestari in hoc vel illo termino, & Reus opponeret exceptionem non ad excludendum Processum, sed ad merita causæ, maxime si ejus in continenti non offerat probationem, putarem omnino hanc regulam fallere, quia Actus in dubio ita intelligendus, ut non inducat inobedientiam, aut pœnam, *Menoch. lib. 2. præsumpt. 12. n. 65.* & per ea, quæ in simili tradit *Masc. concl. 434. n. 20. & seqq.*

14 Contrariis exceptionibus uti posse Reum communiter volunt *Dd. per C. Nullus pluribus. de Except. lib. 6. & ibi Dynus*, modo conditionaliter, vel alternative proponantur, *Menoch. l. 2. præs. 42. num. 2. Klock. vol. 2. cons. 39. n. 250.* sed limitat idem *Menoch. n. 9.* nisi versemur in eo casu, ubi mendacium punitur, ut *in Auth. Contra. C. de non n. pecun.*
15 *§. ult. J. de fideicomm. hered. tit. Umm. d. l. n. 67.* Sed si sciens contrarias defensiones allegat, etiam in aliis casibus peccat, si præstitit juramentum calumniæ. Ergo hæc intelligenda sunt de eo, qui circa factum alienum, vel facta antiqua versatur, non vero scienter contraria allegante, quem nunquam audiendum puto. Ideoque hic si ignorantiam prætendat Reus, exquisite monendus, ut memor juramenti præstiti, Actorem inutili onere probandi ne fatiget.

16 Circa probationem exceptionis notandum est, eam tunc nondum esse faciendam, quando Reus actionem, i. e. intentionem Actoris negat; tunc enim Actor prius intentionem suam probare debet, antequam Reus suam exceptionem probet per *L. Si quidem C. de Except.* Et ideo si tota controversia sit super exceptione, fundatam oportet esse intentionem Actoris, ut concludit *Klock. d. cons. 39. n. 235.* Nam Reus alias laborem & nummos frustra contereret, *Masc. concl. 37. pr.* ubi hoc limi-

limitat, nisi Actor per juramentum suppletorium vellet probare, Reus autem plene, vel probationes Rei essent in promptu. *Conf. Zang. lib. 3. cap. ult. n. 141. & seqq. Tusch. concl. 373. lit. C.*

Quid si Reus fateatur promissionem, sed eam sub conditione & sub 17 expresso modo factam, probatio conditionis velmodi non est injungenda Reo, sed Actor puram promissionem tenetur probare, nam Reus qui fatetur, se promisisse, sed non aliter, nisi sub conditione, quæ nondum extitit, hoc ipso asserit, se non esse obligatum Actori, & Actionem Actoris non esse fundatam, cum ante eventum conditionis neque obligatio neque actio sit. *L. Cedere diem. 213. de V. S.* Ergo hoc ipso actionem negat; & ita sentit *glossa secunda in d. L. Siquidem. vers. Sed contra, &c. Pacian. lib. 1. de Probat. cap. 25. & seqq. Zang. d. cap. ult. n. 144. & seqq.* ubi contraria refutat.

Si vero Reus non provocatus, sed creditorem provocans ex practi- 18 ca *L. Si contendat ff. de fidejuss.* exceptionem suam in judicium deducere velit, non onerandus est prius Actor probatione, sed Reus provocans Creditorem ad judicium statim suam exceptionem principaliter in judicium deductam, tenetur probare. *Cagnol. in L. Diffamari. ampliat. 6. Contard. in d. l. c. 3. n. 122.* quos citat *Zang. d. c. ult. n. 192. & seqq.* ubi exemplis id declarat.

Et quamvis sint, qui statuant, Exceptiones etiam non adductas, ju- 19 dicem, si in Actis deprehendat exceptionem, eam supplere posse; distingvendum tamen inter exceptionem Intentionis, qua quis excipit: tibi plane non competit Actio, & inter exceptionem Actionis, quæ actionem supponit, ut illam supplere teneatur Judex, nisi velit actori sine actione experienti Reum condemnare, *Pruckm. Vol. 1. conf. 8. n. 183.* in hac vero non, *vid. Hillig. in Don. l. 22. cap. 2. lit. L. Umm. disp. 8. n. 55.* Exceptio etiam, quæ ex eodem Instrumento, quod Actor produxit, fluit, suppleri potest a judice. *Afflict. dec. 15. n. 4. Klock. vol. 3. conf. 150. n. 68.* Sic exceptio præscriptionis ex dato obligationis & Actis apparens, suppleri potest, *Wesenb. conf. 14. num. 67. Myns. c. 3. obs. 23. Klock. conf. 37. n. 349. vol. 1.* quæ sententia tamen periculosa, cum ad præscriptionem non tantum lapsus annorum, sed etiam bona fides requiratur, & forte actor, dum non opposuit exceptionem præscriptionis,

malæ fidei vel scientiæ sibi conscius fuit. Stante autem Statuto, omnes exceptiones peremptorias initio contestandas & opponendas esse, non sufficit opponi, sed requiritur, ut initio opponantur, non igitur sufficit, judicem eas in Actis deprehendisse. *Hillig. d. l.* nisi forte ex ignorantia juris omissæ, nam hoc casu judex supplere posset.

20 Quia autem in Foro Saxon. non tantum, sed & passim talia statuta reperiuntur, in quibus in casu Instrumenti liquidi omnes exceptiones excluduntur, (scil. non in totum, sed a processu executivo, rejiciuntur autem in reconventionem) notandum est, 1. per statutum tale nunquam excludi exceptionem intentionis, sive quæ nullitatem actis infert. *Mantica de tacit. & ambig. convent. l. 10. tit. 10. n. 21.* Sic exceptio simulationis, quia evertit naturam contractus, potest opponi in processu executionis instrumenti liquidi, licet simulatio per conjecturas probanda. *Carpz. p. 1. Const. 8. def. 19.* Idem in Executione SCti Macedon. *Carpz. d. l. defin. 21.* Idem in Exceptione *Authenticæ Minoris. C. qui dare tut. Carpz. def. 22. Berl. p. 2. dec. 258.* Si etiam omnibus Exceptionibus renunciatum, vel omnes statuto exclusæ, non tamen exclusæ videntur, quæ ex eodem instrumento fluunt. *Klock. vol. 3. cons. 150. n. 67. Menoch. l. 1. præsumpt. 48. n. 3. Hartm. Pist. l. 4. q. 10. n. 13.* At si Exceptio in continenti probari non possit, sed adest conflictus scripturarum, Exceptio in aliud judicium petitorium rejicienda, quando in possessorio agimus. *Alex. Raud. in tr. de Anal. c. 36. n. 121. l. 1. Klock. vol. 2. cons. 2. n. 48.* In continenti autem quid fiat, aut fieri possit, in mero arbitrio judicis consistit. *Klock. d. cons. 2. n. 48.* Quando etiam Exceptio semel rejecta per rem judicatam, non potest iterum opponi, *Klock. d. v. 2. cons. 5. n. 114.* scilicet si in ordinario rejecta, nam quæ in summario rejecta, in ordinario adhuc opponi potest, ut ex dictis *hoc numero* colligitur. Idem si in Ordinario non plene cognitum sit de Exceptione, nam tunc in executione opponi posset, *Carpz. l. 2. Resp. 4. & seqq.* 2. Omnes exceptiones videri exclusas, quæ in continenti non possunt probari, sed altiorem requirunt indaginem: quæ vero per documenta statim probari possunt, contra instrumenta liquida etiam admitti, de quo *Carpz. part. 2. Jurispr. Const. 8. def. 16. & seqq. & l. 2. Resp. 2. & 6. & 7. Menoch. l. 2. præsumpt. 49. Tuschus concl. 386. & concl. 409.*

Ex-

Google

Exceptio interdum eliditur per replicationem Actoris, de qua ut & 21 de duplicatione intelligenda sunt, quæ hactenus de exceptione dicta sunt, sed exceptioni præscriptio opponi nequit. *L. Pure. §. fin. ff. de doli except.*

Quando autem Actio & Exceptio Rei est probata, licet replica- 22 tio Actoris dubia, Exceptio tamen Rei non propterea requirit altiorem indaginem, & sic Exceptio omnino contra instrumentum liquidum admittenda est, v. g. Si agas contra me ex mutuo, ego excipio de solutione, quam per Apocham probo, tu replicas de simulatione vel dolo, hæc replicatio est indaginis altioris, non Exceptio, *Afflict. dec. 63. Hartm. Pist part. 4. q. 10. n.* licet dissentiat *Surdus consf. 252. n. 16. & Stephan. Nathen. de justit. vulner. part. 2. tit. 2. cap. 11. n. 5.*

Denique notandum, si Actor intentionem suam probaverit, & 23 Reus, petitis induciis, suam exceptionem non possit probare, quod tunc in expensas statim debeat condemnari *per C. Finem litibus. 5. X. de dolo & contum.*

CAPUT XVII.
DE
POSITIONIBUS.
SUMMARIA.

N. 1 Positionum origo.
2. Descriptio.
3 Utilitas, & n. seqq.
6 Quocunque tempore formari possunt.
7 Sumenda ex libello & natura actionis.
8. An & quomodo impertinentes positiones admittendæ.
9 Quænam positiones sint irresponsales, & quid hodie.
10 Positio juris est irresponsalis.
11. Coercenda hic malitia partium.
12. Non opus est assignatione termini.
13. Additionales positiones prohibita.
14. Offerenda in scriptis cum oblatione juramenti.
15. Positiones probant contra ponentem.
16. Procurator cum speciali mandato admittitur.
17 Potest ipse principalis juberi, ut respondeat.
18. Quid in pupillo ac Minore?
19 Quomodo respondendum.
20. Quid si positio multiplex.
21. De juramento respondendorum.
22. Quomodo interpretanda Responsio.
23. Recusantis respondere pœna.
24. Quæ requirantur, ut recusans pro confesso habeatur, & n. seq. Exceptio.
26. Responsio debet fieri pure.

Quan-

1 Quando Actor suam intentionem, vel Reus suam exceptionem debet probare, tunc, quia circumstantiæ variæ occurrunt, hæ in modum positionum formantur, & contradicenti, mediante juramento dandorum offeruntur, ut is, mediante juramento respondendorum ad eas respondeat, hoc fine, ut is, cui probationis onus incumbit, superfluis, quæ forte ipse Adversarius fatetur, non oneretur, & hic positionum usus jure Civili incognitus, moribus primum, postea Jure Canon. & demum Jure Camerali introductus. *c. un. de lit. contest. c. 2. de Confess. l. 6. Clem. Sæpe. de V. S. Ord. Cam. part. 3. tit. 15. Camill. Borell.*
2 *part. 2. decis. tit. n. 18. & seq. Hillig. l. 23. c. 7. lit. K.* Et est positio assertio concepta ad eruendam veritatem per Adversarii responsionem, *Scacc. l. 1. de judic. cap. 60. n. 2.* quæ si a Procuratore proponatur, mandatum speciale requirit, *Ummius disp. 13. n. 4.* Differre dicunt autem Positiones ab articulis 1. Fine. 2. Ordine. 3. Effectu. 4. Forma. 5. Tempore. *Scacc. d. cap. 60. n. 5. & l. 2. cap. 2. qu. 10. n. 450. & Gail. l. 1. obs. 79.* Hinc, quia ponens intendit probare per confessionem Adversarii, articulans per testes, 1. fine, 2. ordine, quia positiones præcedunt, & quicquid ad positiones negatum, de eo postea formatur articulus. 3. Effectu putant differre, quia ponens fatetur, non etiam articulans, sed illud non capio, cum articulum proponens aliquid utique asserat, secus si interroget. 4. Forma, cum positiones etiam negative formari possint, *c. 1. de Confess. lib. 6.* non ita articuli, nisi loco ac Tempore coarctati, vel prægnantes. 5. Tempore, cum etiam publicatis attestatis, positiones proponi possint, sed de hoc dubito, nisi quis instrumentis vellet probare.

3 Fuerunt autem introductæ positiones eo tempore, quo litis contestatio generalis: *Nego narrata, prout narrantur*, magno cum justitiæ naufragio in judiciis recepta; Sed cum hodie litis contestatio specialis requiratur, & Reus ad omnia in libello narrata, omnesque circumstantias in specie respondere teneatur, non tanta harum necessitas. Nam primo aut circumstantia illa, super qua positio formanda, in libello expressa specifice, aut non. Sin hoc, sibi ipsi imputet Actor, quod eam non expresserit, præsertim cum Actor positiones ex ipsa libelli substantia formare debeat, *Gail. lib. 1. obs. 81. num. 5. & seq.* quod appro-

Google

approbatum in nuperr. Recess. Imper. §. Dieweil aber auch die Ver-
schreibung/ &c. ibi: so wird der Gebrauch solcher Articuln (id est, Posi-
tionen) und Antwortung/ doch nicht wie bißhero ohne Unterscheid/ son-
dern allein auff die aus dem Klag-Libell gezogene Probatorial-Articul/
daran der Sachen Substantz und Wesen hänget/ &c. Sin vero expres-
sæ illæ circumstantiæ, aut ad eas respondit in specie, aut non. Si *hoc*,
non recte juxta formam præscriptam litem contestatus est, & a judice
monendus, ut ad hanc vel illam circumstantiam specifice respondeat.
Sin *illud*, quid opus erit novam responsionem urgere juratam ad id,
de quo jam antea, mediante juramento calumniæ, respondit? Facil-
lime perjurio ita occasio præbetur, imo & disputationibus super ad-
missibilitate articulorum, & responsionum, quibus antehac plurimum
fatigata fuere judicia. Et præcipue subest sæpe periculum perjurii, si
super facto utrique procul dubio noto ac notabili formetur, ut supra
de juramento calumniæ dictum, quo casu fieri non potest, quin una
pars perjurium committat, & præstaret, si utraque pars jam parata sit
ad juramentum præstandum, ut perjurium quovis modo impediatur.
Quia tamen fieri potest 1. ut litis contestatio ob distantiam locorum, 4
vel ægritudinem Rei in scriptis fuerit exhibita. 2. Ut Actor, qui non
putavit intentionem suam negatum iri, unam vel alteram circum-
stantiam omiserit, præcipue vero 3. ut Reus etiam exceptionem suam
allegans non omnes circumstantias, præsertim ubi vova voce agitur,
expresserit, ideoque in his, & similibus casibus non est improbandus
positionum usus, modo non indistincte adhibeatur, eoque fine Judex
non omnes positiones admittat, quod insinuat *Recess. Imper. noviss.
d.* §. his verbis: Nicht ohne Unterscheid/ sondern allein/ &c. in §. Die-
sem nechst/ und man bey den dritten Haupt Puncten/ &c. *ibi:* Da die
Partheyen wollen/ und es die Nothdurfft erfordert/ &c. Imo Judex, si 5
partes non offerant positiones, si tamen eas ad eruendam veritatem
conducere existimaverit, potest ex officio partibus mandare, ut posi-
tiones offerant cum juramento dandorum, sicut dispositum *in Ordin.
Jud. Luneburg. tit. 25. pr. & Brunsw. tit. 38.* idque placuit etiam Stati-
bus Imperii d. §. Dieweil aber auch die Beschleunigung. *ibi:* Wie denn
auch dem Richter das arbitrium auff einen oder den andern/ oder auff alle

 Puncten

Puncten die Antworten in jedem Theil des Gerichts zu erfordern frey und unbenommen bleibt. Vel judex ex officio jure communi potest partes interrogare. *Scacc. lib. 2. cap. 7. n. 35.*

6 Et sic admittunt tam ante quam post litis contestationem: Illud in dilatoriis, hoc in ipso puncto principali. *Franc. Curtius Tr. de Posit. n. 10. Scacc. d. l. 2. c. 7. n. 10.*

7 Et formandæ sunt positiones ex libello, & ex natura Actionis, vel Exceptionis, *Scacc. d. cap. 7. qu. 2. n. 45.* seu requisita actionis positionibus includenda, quod exemplis declarat *Scacc. d. l. n. 47.* v. g. rem vindicaturus formare articulos debet super titulo, traditione posses-
8 sionis rei &c. Et sic rejiciendæ impertinentes, cum irrelevantia etiam ad probandum non debeant admitti, ergo neque ad ponendum, *Scacc. d. cap. 7. n. 91. Borell n. 48. Umm. n. 5.* scil. si neque directo, neque per indirectum quicquam ad punctum probandum faciant, neque qualitercunque causæ principali adminiculentur. *Vid. Gail. l. 1. obs. 82. n. 4. & seq.* Sed non debet judex partibus concedere super admissibilitate disputationem, sed ipse statim litem dirimet; si aliquid dubium sit, & positio non manifeste impertinens, cum clausula *salvo jure impertinentium* positionem admittet, cujus clausulæ effectus, ut articulus impertinens pro non admisso, & responsio pro non data habeatur. *Gail. d. obs. 81. num. 11. & seqq. Mynf. cent. 2. obs. 56.* Si tamen positio notorie impertinens, & cavillatoria, nec cum clausula illa admittenda, *arg. l. 13. §. 2. de jurejur. Borell. l. 2. decis. tit. 1. n. 48. & n. 81.* Nam tunc ingens illius clausulæ abusus. Vid. *Mevius p. 3. decis. 240.* Nec admittenda positio, quando quis est exclusus a probando, *Nevizanus cons. 30. n. 15. Borell. d. l. n. 54.* quando autem quis non est exclusus a probando, non est etiam exclusus a ponendo. Vid. *notata ad l. 14. §. 3. C. de non num. pecun.*

9 Cum autem Reus soleat declarare responsionem eo prætextu, quod positio sit multiplex, generalis, negativa, obscura, captiosa, dubia, impossibilis, criminalis, turpitudinem respondentis continens, ut *Scaccia, Ummius aliique* talia positionum vitia prolixe recensent, ideoque rectissime Pontifex *c. 1. de confess. lib. 6.* statuit, omnibus positionibus, si judici ita videatur, respondendum esse, cum ejus sit verita-

tem

tem omnibus modis investigare, *Mascard. concl. 1183. n. 33.* ideoque omnes positiones de Jure Canonico indistincte admittendæ præter impertinentes, *Scacc. d. cap. 7. n. 309.* & sic rectissime Camerales censuerunt, has responsiones non esse admittendas. *Gail. lib. 1. obs. 82. n. 10. & seq.* Nam ad ea, quæ in libello contenta, respondere tenetur Reus, quidni etiam in positionibus? Nam si Actor negativam alleget, Reus, si hoc falso negari animadvertat, in litis contestatione debet ei contradicere, si aliquod punctum multiplex, vel captiosum, debet distincte respondere, si obscuritas aliqua latitet, explicationem petet, vel sub distinctione respondeat, & si turpe aliquid Reo alleget, quod ad causæ decisionem facit, omnino respondere debet in litis contestatione. Quamvis enim multi negent, positioni turpi esse respondendum mediante juramento respondendorum, qua cautela etiam multi eluserunt, vel eludere voluerunt justissimam Actorum intentionem, distingvendum tamen puto 1. inter capitalia & non capitalia. 2. An agatur civiliter, an criminaliter, nam absurdum esset dicere in actione Depositi, tutelæ, pro socio & mandati, in quibus, quando de loco agitur, ubi oportet esse turpes positiones, non admittendas esse positiones. Fuit quidam, qui ante portam egregie concivem verberaverat, sed cum soli essent, negabat reus, Actor positiones offerebat, ad quas, ut turpes, renuebat respondere reus, sed contrarium pronunciatum memini. 3. An reus de lucro, alter de damno certet, nam turpi etiam positioni respondendum, si alias locupletetur cum alterius damno. *P. Peckius ad cap. 48. ampl. 8. de Reg. juris lib. 6. & quos citat Scacc. d. l. n. 236.* licet ipse male dissentiat. Huc faciunt ea, quæ habentur *in d. Recess.* §. Diesen nechst nun/ 2c. ut libellus articulatus abrogetur propter disputationes illas futiles super admissibilitate articulorum, *ibi:* Dabey und darüber auch beflissentlich vergangenen ohnnöthigen Disputationen und Uffzüglichkeiten/ 2c. *& in* §. Dieweil aber auch/ 2c. tolluntur disputationes super responsionibus, *ibi.* Das vergeblich disputiren aber über die responsiones gäntzlich abgestellet. Ergo multo magis disputationes, quas Rei movent super admissibilitate positionum, prohibitæ erunt.

10 Sola vero positio impertinens, & quæ juris est, responsione non indiget, quia informatio juris non a parte petenda, nisi super jure consvetudinario formata, *Gail. d. obs. 82. n. 33. & seq.* nam ea, quæ juris sunt, a partium confessionibus non dependent, & frustra Practici in puncto juris alterius confessionem solent allegare.

11 Posset etiam certa mulcta indici Advocatis & Procuratoribus, qui positiones impertinentes obtulerint, sicut & illis, qui temere contra positiones excipiunt, aut qui contra responsiones temere disputant, ut in simili *Ordin. Francof. ad Mæn. tit. 27. §. 11. & Ordin. Electoral. Palatin. tit. 33. art. 6.*

12 Ad has positiones offerendas non debet certus terminus peti, sed debent quam primum offerri *per Noviss. Recess. d. §. ibi:* ohne Verstattung sonderer Terminen / ꝛc.

13 Neque Actor admittendus est ad novas positiones additionales, superadditionales, cum sibi imputare debeat, quod initio super omnibus circumstantiis positiones non formaverit, *d. §. nuperi Recessus Imper. ibi:* Wie auch mit Abschneidung der peremptorialien, elisiv- und additionalien, &c. Si tamen cum libellis conveniant Additionales & a prioribus dependeant, & justo tempore proferantur, eas admittendas esse putat *Mev. p. 4. dec. 336.*

14 Exhibendæ autem positiones in scriptis, cum oblatione juramenti dandorum, *c. 2. de testib. l. 6.* quod in effectu est juramentum calumniæ speciale, *Umm. d. l. n. 14.* & solebat fieri cum additionalium reservatione, quod *nupero Recessu* correctum, ut jam dictum.

15 Et has positiones præsumitur Actor fateri, & sic contra ipsum probant, *Gail. d. obs. 79. n. 6. Umm. n. 18.* modo Adversarius eam non negaverit, *Mascard. concl. 348. n. 49.* aut ponens errorem non probaverit. *Scacc. d. l. n. 689. 690.*

16 Ad responsionem autem admittunt quidem Procuratorem cum specialissimo mandato, in quo, quid respondendum sit, ad singulas positiones, specifice præscriptum. *Rosbach. in Process. civil. tit. 52. n. 3. Scacc. d. l. n. 548. & seqq.* Interdum ex causa, remoto Advocato, pars
17 ipsa respondere tenetur. *Scacc. d. l. n. 551.* Sed judicis partes erunt, non semper Procuratorem admittere, sed urgere Reum, ut vel ipse respon-

Google

respondeat in loco judicii, ac juramentum præstet respondendorum, vel alibi coram Commissariis, per ea, quæ supra de juramento calumniæ dicta sunt. Syndicus sine juramento interrogandus, quid sciat, *cap. 2. de Testibus* & potest ponens petere, ut reus ipsi ceu legalior respondeat. *Scacc. d. l. n. 559.* & procurator Rei suis sumptibus positiones acceptas transmittet principali. *Borell. d. l. n. 112.*

Pro pupillis autem tutores juramentum præstare debere, non est 18
incerti juris, *arg. L. 2. §. 2. C. de juram. calumn. Umm. d. l. n. 21.* Sed minor ipse, præsente Curatore præstat. *Scacc. d. l. n. 735. & Umm. d. l.*

Respondendum autem est ad positiones juxta stylum Cameræ Spir. 19
Credo vel NON CREDO. *Ord. Cam. part. 3. tit. 15. §.* Zum Andern/ x. *Scacc. n. 711. Umm. n. 24.* Sed in aliis Ordinationibus judiciorum distingvitur inter facta propria & aliena, ut in his per Verbum, *Credo*, in aliis assertive, vel negative respondendum sit. Et hanc distinctionem sequitur Recess. Imper. §. Zu welchem Ende/ x. *ibi:* Durch das Wort/ wahr oder nicht wahr/ so viel ihr eigen Geschicht betrifft/ so viel aber frembde Geschicht betrifft/ x. nam super facto alieno Actor sæpe positionem de credulitate formare potest, v. g. es sey glaublich. *Scacc. d. l. num. 449.* Si vero multiplex positio vel quoad verba, vel tantum 20
quoad sensum, cum distinctione respondendum, non simpliciter negandum, licet pars sit falsa, *Umm. d. disp. 13. n. 24.* præsertim cum hodie in litis contestatione, cujus defectum supplent positiones, ad omnes circumstantias distincte respondendum sit, ut adeo illa distinctio inter quantitatem & qualitatem tuta satis non sit, quam *Gail. d. obs. 82. n. 17. seq.* profert, nisi in exemplo, quod *n. 19.* proponit. *Conf. Mynſ. c. 2. obs. 55. Surdus dec. 58.*

Debet autem fieri responsio mediante juramento respondendo- 21
rum, *cap. 2. de testib. lib. 6.* quo tamen opus esse non videtur, si antea juramentum calumniæ generale præstitum sit, post *Greven. Ummius d. disp. 13. n. 26. & Scacc. d. l. n. 765.* licet contrarium statuat *Mev. p. 3. dec. 175.* a judice etiam juramentum hoc remitti posse tradit *Mev. p. 4. dec. 164. n. 11.* quod tamen valde dubium, nisi perjurii metus.

Recipit interpretationem responsio ex positione, *Menocc. lib. 2.* 22
præs. 79. præsertim in iis, quæ principaliter, non vero incidenter in

positione habentur, *Pruck. vol. 2. conf. 9. n. 92.* v. g. pono ita: Mevius Titio, cujus heres est, dedit mutuo centum. Hoc si affirmaverit Mevius, non videtur affirmare, se heredem Titii esse. Sic qualificativa responsio non admittitur, nisi etiam positio sit qualificativa. *Menoch. l. 2. A. Q. casu. 251.* Responsio etiam ex eodem Documento facienda, ad quod se refert positio. *Surdus dec. 291. n. 14. & seq. Borell. d. l. n. 105.*

23 Recusans autem respondere jurato ad positiones habetur pro confesso, *c. 2. de Confess. lib. 6.* tam in causa incidenti vel emergente, quam principali, *Scacc. d. cap. 7. n. 484.* atque adeo ii, qui ad hanc pœnam litis contestationem requirunt, *d. part. 3. Ordin. Cam. tit. 5. §.* Beges be sichs aber/ rc. *Gail. lib. 1. obs. n. 2.* de negotio principali, non incidente intelligendi videntur, licet dubitet *Umm. d. l. n. 23.* nam recusans respondere positioni in quæstione incidenti, in eo tantum puncto pro Confesso habetur. *Scacc. d. l. n. 526. & seqq.*

24 Sed antequam condemnatoria sententia feratur, necesse est 1. ut aliquis jussus fuerit respondere, & 2. ille sine justa & probabili causa recusaverit responsionem *per d. c. 2.* 3. ut per trinam citationem & jussionem, quarum ultima comminationem pœnæ continet, in contumacia sit constitutus. *Borell. d. l. n. 90.* 4. Ut accusata sit ejus contumacia. 5. Ut per sententiam declaretur pro confesso, Ante autem illud decretum mora potest purgari. *Borell. n. 100.* Nec habetur quis pro confesso in causis spiritualibus, criminalibus, & notorie falsis, vel quando quis judicium pati non tenetur. *Scacc. d. l. n. 502. Mascard. concl. 1183. n. 69. & seq. Umm. d. l. n. 23. Scacc. d. l. n. 493.*

25 Duo tamen possunt recusanti prodesse: 1. Si processus nullitate laboret, quia confessio ficta non potest oriri, nisi ex processu valido, *Scacc. d. l. n. 518. & seqq.* 2. Si recusans contrarium vellet probare. *Mascard. d. l. n. 71.*

26 Similis est Constitutio Imperii *in d. Recess.* ut responsio fieri debeat pure & simpliciter, & ut alias articuli pro confessis, & responsiones pro puris acceptari debeant, nec jurans ad ulteriorem probationem teneri.

CAPUT

Google

CAPUT XVIII.
DE
PROBATIONIBUS IN GENERE.

SUMMARIA.

1. *Affirmanti regulariter incumbit probatio, interdum etiam Neganti.*
2. *Quomodo negativa probanda.*
3. *De Negativa Juris.*
4. *Negativa qualitatis natura.*
5. *Anea, quæ juris, probanda.*
6. *Pertinentia tantum probanda.*
7. *Probatio debet esse concludens.*
8. *Quotuplex probatio, & n. 9*
10. *Semiplenæ probationis effectus.*
11. *Reprobatio solet reo reservari.*
12. *Intra terminum facienda probatio*
13. *Quatuor olim, hodie tres dilationes probatoria.*
14. *Formula juramenti ad impetrandam tertiam dilationem.*
15. *Lapso termino non admittitur probatio.*
16. *Exceptio a reo probanda successive, interdum simul, & n. seq.*
18. *Interdum utrique parti simul probationes injunguntur.*

Quæ Reus vel Actor negat, ea adserenti sunt probanda, *L. Adseveratio. 10. C. de non num. pecun.* quamvis autem affirmanti, non neganti incumbat probatio, *L. 23. C. h. t.* limitatur tamen istud, nisi sit 1. negativa juris, v. g. quod Titius non habuerit jus testandi. *l. 5. pr. h. t. 2.* Nisi sit restricta negatio ad locum & tempus. *l. 14. C. de contrah. stipul. 3.* Si Actor vel Reus fundet in negatione intentionem suam. 4. Si negativa non pura, sed prægnans. *L. pen. §. 2. ff. ne quis eum. Franc. Hercul. in Tr. de probat. negativ. n. 2. & seq. Gail. l. 1. de P. P. c. 18. n. 14. Berlich. part. 1. conclus. 37. n. 22. Carpz. part. 2. Const 8. def. 15. & l. 1. Resp. 68. Mascard. conclus. 1092. n. 2. Nathen. in justit. vulner. part. 2. tit. 4. c. 8.* Interdum autem, licet Actor fundamentum intentionis collocet in negatione, non tamen ei incumbit probatio, ut in actione negatoria, ut jam dicam. Idem si ad caducitatem emphyteuseos agat Dominus ob non solutum canonem. Idem si Reus fundet se in negativa dicendo, tu nondum implevisti contractum a tua parte; nam tunc actor tenetur probare se implevisse, quia hoc pertinere videtur ad legitimationem actoris personæ. Quamvis autem in Practi-

Practica *Legis Si condendat. ff. de fidejussoribus. Carpz. in proc. tit. 13. art. 1. n. 36. & tit. 20. art. 4. n. 18.* putet, provocato actori probationem esse injungendam, sed quia hæc practica non prærequirit diffamationem, & hac practica utens tantum Exceptionem vult opponere, & ita non negare intentionem Actoris, & fidejussor provocans ad divisionis beneficium, probare debet, cæteros solvendo esse, per tradita *Carocii de excuss. bonorum p. 2. q. 1. Sichard. in l. 10. n. 7. C. de*
2 *fidejuss.* ideo de ea Carpzovii sententia valde dubito. Et probari potest negativa per testes, quibus ignorantibus actus peragi non potuisset, *Pacian. lib. 1. de probat. c. 73. n. 10 Herculan. d. Tr. num. 164. Klock. cons. 10. n. 710. & cons. 79. n. 788. Farin qu. 65. n. 229.* vel per documentum, in quo illud necessario scribendum fuisset, sicut per
3 matriculam probari potest, aliquem non esse civem. Et hæc de negatione facti, negatio juris transfert onus in negantem, id est, qui negat, alteri jus testandi & contrahendi competere, quod tamen est de genere permissorum, ille tenetur negativam suam probare. *Pa-*
4 *cian. lib. 1. de Probat. c. 52. n. 1. & seqq. Umm. d. disp. 15. n. 10.* Sic etiam qui qualitatem naturalem negat, (aliud enim in accidentali) tenetur probare. *Pacian. lib. 1. cap. 53. Umm. d. l. n. 11. Mascard. concl. 1255. n. 86.* In Actione negatoria, licet Actor super negativa se fundet, non tamen onerandus est probatione, quia pro Actore militat præsumptio, dum prædium quodlibet præsumitur liberum, *L. 8. & seq. C. de Servitut. Schneidew. in §. Æque. J. de Act. n. 35. Anton. Fab. l. 3. Cod. tit. 24. def. 8. Carpz. de Process. tit. 13. art. 1. n. 21.* quod *ex Fabro ibid.* limitat *n. 29. & seq.* nisi Actor Reum vi, aut clam, aut precario uti servitute contendat, quia sic possessionem Rei fatetur, sed vitiosam. Sed de hac limitatione posset dubitari, quia omnis agens negatoria actione dicit duo. 1. Reo nullam competere servitutem. 2. eam tamen sibi usurpare. Nam si reus nullam servitutem usurparet, aut tentaret, ea uti non opus esset actione negatoria. Prius allegare sufficit, posterius ab actore probandum.

5 Ea, quæ in jure consistunt, non sunt probanda, maxime ea, quæ in thesi sunt, quæ autem in Hypothesi sunt, probari possunt per allegationes textuum juris & Doctorum, qui hunc casum in terminis propo-

posuo-

posuerunt, vel offerendo consilium alicujus Jurisperiti, sicut disposi-
tum in Nuperr. Recess. §. Zu der damahliger gründlicher &c. *Vid. Umm.*
d. l. n. 16. Conf. Bachov. vol. 2. disp. 4. th. 1. lit. B.

Sunt autem ea tantum probanda, quæ ad causæ decisionem per- 6
tinent, quæ autem sunt impertinentia, judex ex officio ad probandum
admittere non debet. *L. 21. C. de probat. Gail. lib. 1. obs. 81. n. 3. Umm.*
n. 15. Et frustra probatur, quod probatum non relevat, *Gail. lib. 1.*
obs. 51. pr. & probanda ea tantum, quæ a reo negata, so ist Kläger den
Grund seiner Klage und so viel ihm daran verneinet wird/ wie recht/ zu
erweisen schuldig/ x.

Et probatio debet esse concludens, quæ non tantum per possibile, 7
sed per necesse concludit. *Bl. in d. L. 21. n. 1. Schurff. Cent. 2. cons. 52.*
n. 8. Wes. cons. 13. n. 74.

Sunt autem probationes vel Artificiales, vel Inartificiales. Illæ 8
per præsumptiones, hæ per testes & instrumenta expediuntur, *Me-*
noch. lib. 1. præs. 1. & 2.

Alia etiam plena, alia minus plena vel semiplena, *L. 5. & 6. C. h. t.* de 9
qua *Berl. part. 1. concl. 36. Umm. d. disp. 15. n. 5. Bachov. Vol. 2. disp. 4.*
th. 2. lit. B. Carpz. tit. 2. art. 2. n. 26. & seq. & tit. 13. art. 3. n. 12. & 85.
Semiplenæ autem effectus duplex potissimum: 1. quod faciat, ut ea
utens ad juramentum suppletorium admittatur, de quo alibi. 2. Ut se- 10
miplena aliis minus plenis probationibus, vel præsumptionibus & ad-
miniculis juncta, plenam faciat probationem, potissimum in civilibus,
& in defensione Rei, & in summariis; (non vero in Criminalibus) ubi
plures probationes imperfectæ possint facere unam perfectam. *Bald.*
in L. Si quis. 6. §. 1. n. 2. & seq. ff. de Edend. Cravetta consil. 158. n. 11. Me-
noch. consil. 1151. n. 14. & lib. 1. præsumpt. 41. Umm. d. disp. 15. n. 21. Gail.
l. 2. obs. 93. n. 18.

Quando Judex audit intentionem Actoris negari, tunc Actorem 11
admittet ad probationem earum rerum, quæ in dubium vocantur, sal-
va tamen Rei reprobatione, ut fieri assolet, licet utplurimum Reus
eam sibi reservare soleat, quod tamen necesse non est, nam etiamsi
reus nullam sibi reservaverit reprobationem, ad eam tamen admit-
titur. *Carpz. tit. 13. art. 2. n. 9.* Et contra reprobationem reprobatorii

articuli admittuntur, si quid in reprobatione reus adduxit, super quo actor nondum auditus est. *C. Licet delectus 49. X. de Testib. Berl. p. 1.*
12 *dec. 60.* Et si terminus probatorius certus sit, intra terminum illum probatio fieri debebit, quamvis si judex videat, partes nectere moras in faciendis probationibus, producendis testibus, vel instrumentis, possit iis ad hoc faciendum certum præfigere terminum, *post Bart. in L. 1. ff. de dilat. Treutl. & ibi Bachov. vol. 2. disp. 4. th. 6. lit. D.*

13 Et quamvis jure communi quatuor dilationes, & ultima quidem cum certa solennitate & præstito juramento concedenda, tamen Jure noviss. Imperii illam solennitatem ad tertiam dilationem adstrictam esse supra diximus.

14 Habetur autem formula juramenti illius in Ordin. Electoral. Palat. *tit. 34. n. 15.* Daß er diese dritte oder vierdte Dilation aus keinen Betrug/ arger List oder Gefehrde begehre/ sondern allein zu Vollendung seiner Kundschafft. Formula hæc proponitur a *Carpz. n. 163.* Würde Kläger eidlich erhalten/ daß er die dritte Frist nicht malitiose und zu Verschleiffung der Sachen gesucht/ immassen ihm zu thun oblieget/ *x.* Terminus probatorius jure communi certus non est, sed pro distantia locorum variat. *l. 1. C. de Dilat. c. 4. §. Spatium. Caus. 3. q. 3.* Jure Sax. est 6. septim. & trium dierum, apud nos sex septimanarum, quod currit jure communi a tempore sententiæ, jure Sax. a lapso decendio, vel si appellatum, a tempore, quo appellatio rejecta &c. *Carpz. d. l. n. 59. & seqq.*

15 Sed, lapso termino probatorio, non est quis ad probandum admittendus per ea, quæ tradit *Carpz. part. 1. const. 16. d. 1. & seqq.* Et solet ita pronunciari. Daß Kläger an seinem Beweiß sich nunmehr verspätet oder versäumet/ derhalben Beklagter von der Klage zu absolviren, &c. Idem tamen varias habet limitationes, si probaturus impedimento inevitabili detentus, si Minor, si Universitas, aut alia persona miserabilis, aut causa favore digna, &c. ut pluribus deducit *Carpz. d. tit. 13. art. 1. n. 173. seqq.* imo & demonstrationem post lapsum termini fieri posse, docet *Carpz. d. const. 16. def. 16.* de quo merito dubitamus, nisi quis intelligat ocularem inspectionem. Nam si exceptio termini lapsi altioris sit indaginis, potest, ea non obstante, admitti examen testium, ac postea de illa & de meritis causæ simul disputandum. *Mev. p. 5. dec. 24. &*

per

per notata ad l. 39. de Minor. Ipso jure autem non currit, si per factum Adversarii (forte si super admissibilitate articulorum controversiam moverit Reus) impeditus fuerit, *Mynſ. cent. 2. obſ. 99.* nam si de articulorum pertinentia res nondum decisa, terminus probatorius non currit, *Mev. p. 6. dec. 189.* idem si facto judicis quis impediatur. Nec currit terminus, si per appellationem suspensa sit sententia interlocutoria, sed currit ab eo tempore, quo in rem judicatam transit. *Mev. p. 3. dec. 173. conf. Berlich. dec. 99.*

Si actoris intentio probata, vel a Reo confessa, Reus debet suam ex- 16
ceptionem probare, formula hæc potest esse, vel similis. Dieweil Kläger durch producirung des Kauff-Beiffes seine intention bewiesen/ so ist Beklagter die vorgeschützte exceptionem simulationis oder confusionis innerhalb einer Cammer-Gerichts-Frist/ zu erweisen schuldig/ dem Kläger seine Gegen-Nothdurfft vorbehaltende/ nisi in negatione consistat, nam tunc Actori incumbit probatio contrarii *per L. 2. ff. de Probat. Col. de Proc. Exec. part. 4. c. 1. n. 85.* ut in exceptione non numeratæ pecuniæ. *L. 3. & 10. C. de non num. pec.* Idem in exceptione non impleti contractus. *Carpz. part. 1. const. 10. def. 18. & l. 2. Resp. 88. Klock. vol. 2. cons. 39. n. 283.*
In nonnullis Ordinationibus jubetur Reus statim cum Actore probare 17
suam exceptionem, licet Actor nondum probaverit, ut tamen probatio illa non publicetur, nisi probata intentione Actoris, quod apprime ad maturandum Processum facit. *Ord. Pom. tit.* von Defensionen. *in fin.*

Nonnunquam Actori & Reo simul probandi onus a judice imponi potest, quod consvevit fieri in possessorio uti possidetis, in causis summariis, ut lites abbrevientur, maxime si in terminis contradictoriis ambo versentur, de quo *Bl. in L. Si quidem. C. de Exc. n. 2. Tuſch. concl. 373. n. 2. Berl. part. 2. decis. 256.* Idem in judiciis finium regundorum, familiæ erciſc. & communi dividundo constituit in *Ord. Pruten.* Seren. Elect. Brandenb. *tit. 33. §. 8.*

CAPUT XIX.
DE
INSTRUMENTIS.
SUMMARIA.

1. *Instrumentum quid & quotuplex.* 2. *Instrumentum quasi publicum.*

3. Quomodo privata probent.
4. De libris mercatorum.
5. Instrumentum contra producentem probat.
6. Exemplum non probat regulariter, & n. 10. & 11.
7. Qui ad exemplificationem citandi, & quomodo ea facienda, & n. 8. 9.
12. Quando producenda, & n. seq.
14. Potest judex certum terminum peremptorium præfigere.
15. Quid jure novissimo & jure Sax. & n. 16.
17. Productio originalis coram judice fieri potest.
18. Quid si Instrumentum amissum.
19. De comparatione literarum, & n. seq.
22. Quomodo Editio documenti petenda & jubenda, & n. seqq.
25. Quæ edenda, & n. seq.
27. Quomodo coercendus, qui recusat edere, & n. seq.
29. Juramentum purgationis locum habet.
30. Edita documenta recognoscenda, vel jurato diffitendo, & n. seq.
32. Testis cum juramento recognoscit.
33. Exemplum quando recognoscendum.
34. Quando in publico instr. testes jurato recognoscere debeant.
35. Recognitio potest fieri salvis exceptionibus.
36. Liberum producenti, an testium recognitionem petere, an vero diffessionem adversario rem committere velit.
37. Forma Recognitionis
38. Quomodo procedendum contra contumaces in recognoscendo, & n. 39.
40. Effectus Recognitionis.
41. Referenti non creditur sine Relato.
42. Reprobatio instrumentorum quomodo fiat, & n. seq.
44. Falsitas instrumenti.
45. De Rasuris, & n. seq.
47. De Exceptionibus, documenta.
48. Ex instrumentis publicis in Camera decernuntur Mandata sine clausula.

1 INstrumenta sunt Scripturæ, quibus fides alicujus rei fieri potest in judicio, & sunt vel Publica vel quasi publica, vel Privata. illa sunt, quæ authoritate publica sunt scripta, vel judicis, vel Notarii publici, qui notionem habet in actibus voluntariæ jurisdictionis, & dicuntur judices chartularii, ideo eorum documenta coram testibus confecta, habentur pro publicis. Judicis authoritate scribuntur tam illa, quæ jussu Judicis ab Actuario, ut Acta judicialia, *Berlich. part. 1. conclus. 26. num. 8. Ummius disp. 17. num. 7.* quam quæ ab ipso Judice scripta, vel subscripta. *Berlich. d. l. num. 19.* Item Libri Censuales, Saalbücher/ Urbaria & similia, quæ inter subditos plene probant. *Carpzov. part. 1. const. 16. def. 25.* Sed contra subditos pro Magi-

Google

Magistratu in puncto servitiorum & similium non probant plene, ne Magistratus, ad cujus nutum conscribuntur, in propria causa testis sit, *Carpzov. lib. 1. Resp. 61.* nisi solenniter coram Notario, & testibus auditis & confessis subditis, conscripti sint &c. quas exceptiones *Carpzov.* profert. *Resp. 62. & seqq. Conf. Berlich. part. 2. dec. 282. & seqq. duab. Ummius. num. 7.* Sic etiam Scripturæ ex Archivis depromptæ probant, *Ruland. part. 2. lib. 5. cap. 3. Ummius n. 9. Berlich. num. 10.* ubi tamen eadem videntur repetenda, quæ supra de Censualibus libris dicta sunt.

Quasi publicum instrumentum est Scriptura a tribus testibus sub- 2
scripta juxta *L. Scripturas. 11. C. qui potior. in pign.* modo pars ipsa subscripserit, vel instrumentum sua manu exaraverit. *Masc. concl. 301. n. 25.*

Privata instrumenta plane non probant, nisi 1. sint a partibus 3
subscripta, *Berlich. d. l. numer. 29.* vel 2. recognita, *Nicol. de Passeribus de Scriptura privata l. 1. q. 1. n. 125. Coler. de Proc. Exec. part. 3. c. 1. n. 87. Mascard. concl. 109. n. 9. Klock. vol. 2. cons. 62. n. 3. & seq.* vel 3 per testes probata, *Ummius. d. l. n. 25.* comparatione literarum confirmata, *L. Comparationes. 20. h. t. Ummius. n. 26. Carpz. l. 3 Resp. 84.* vel 5. in judicio producta, & pars contra ea nihil opponit, tunc enim pro eis præsumitur, *Masc. concl. 301. n. 18. Menoch. l. 2. præs. 45. n. 12. & 16. Klock. cons. 30. n. 111. vol. 2.* vel quando 6. longo tempore pro publicis fuerint habita, *Masc. d. l. n. 19.* vel 7. hoc inter partes actum, ut stetur instrumento privato.

Vulgo etiam libris Mercatorum vim semiplenæ probationis tri- 4
buunt, sed ea res in abusum tracta, & vix hodie semiplene probant, nisi Mercator sit spectatæ fidei, & res ad negotiationem pertineat, & summa non sit magna, liberque data & accepta contineat, & accedat juramentum Mercatoris suppletorium, de quo *Masc. conclus. 976. Surdus decis. 199. Carpz. part. 1. const. 17. def. 35. & seq. Gail. l. 2. obs. 20. Nicol. de Passerib. d. tract. t. del. mercat. n. 16.* Sufficere autem putat *D. Carpz. tit. 14. art. 5. n. 59.* si rationes non ipsius Mercatoris manu, sed & Registratoris scriptæ, quod tum concedo, quando Mercator sedulus est, libros ipse diligenter evolvit, & Registrator sit homo fide dignus, potissimum vero persona jurata. Nam Registratores omnes non sunt ejusdem fidei

13 Produci autem possunt usque ad conclusionem in causa, *C. Cum dilectus. 9. X. h. t.* Post conclusionem in causa, non admittenda est ulla productio Instrumentorum, nisi noviter ea sint reperta, aut causa sit summaria, vel pia, aut judex ex officio procedat, vel causa sit criminalis, aut productio fiat ad declarationem probationum, vel nisi ut allegatio juris producatur, vel in instantia Appellationis, vel si instrumentum super tali exceptione producatur, quæ etiam post sententiam opponi potest. Formula decreti super instrumentis noviter repertis hæc proponitur a *Carpz. n. 39.* Würde Kläger sein Vorgeben / daß er von denen neuen producirten documenten vorhero keine Wissenschafft gehabt / eidlich erhalten / so würde er damit billig gehöret / &c. Hoc autem juramentum ab ipso producente præstari par est, de quibus Exceptionibus *Mynsing. cent. 4. obs. 60 & Cent. 6. obs. 56. Panorm. & Felin. in d. cap. 9. Mascard. concl. 926. Covarr. Pr. Qu. 20. num. 8. Vivius decis. 235. Cavall. q. 650. Lancellot. de offic. Prætor. tit. de Instrum. n. 4.*

14 Sed potest judex ad omnia Instrumenta producenda ad abbreviandas lites constituere certum terminum, ubi post terminum illum productio ulla non admittitur. *Panorm. in d. c. 9. num. 4. Afflnius in Praxi. §. 22. cap. 2. Ummius d. n. 28. Confer. Autor Parthenis litig. part. 2. cap. 13. num. 19.* Novissimo Recessu Imperii salutariter
15 provisum, §. Beyneben bleibet einem jedem / rc. ut Actor sua documenta, quibus intentionem suam probare vult, statim una cum libello vel supplicatione offerre possit in copia, ut reus eo melius se informare possit, an contendere debeat, & ea tenetur Actor reproducere in primo termino post litis contestationem, loco probationis, & petere, ut recognoscantur, si opus sit. Quod si autem antea cum libello non sint producta ipsa instrumenta, in secundo termino loco probationis producenda cum petitione recognitionis. §.
16 Wenn nun der Beklagte / &c. In Electoratu Saxonico utiliter constitutum, ut intra terminum probatorium documenta producantur saltem in copia, si non in Originali, sub pœna præclusionis, de quo *Carpz. de Process. tit. 14. art. 1. n. 2. & seq.* & id de Jure communi etiam statuit *Hilcken. ad L. fin. C. h. t. n. 2.*

Quia

Quia autem fieri potest, ut instrumentum aliquod si in longinquis partibus, vel apud alium, qui non est de hoc territorio, vel actis in alio judicio sit innexum, ut in hoc judicio in originali edi non possit, tunc hoc judici alteri committi potest per *L. Judices. 18. & seq. C. h. t.* Et hoc casu pars, contra quam producuntur instrumenta, ad locum illum evocanda sumptibus Producentis, ut ibi recognoscat per *L. Judices. 8. C. h. t. Berlich. p. 1. concl. 45. n. 75. Carpz. d. l. n. 81.* 17

Quod si pars ad Instrumentum se referat, sed illud amissum esse prætendat, quod his bellicis in tumultibus nimis frequenter fieri solet, tunc, si scriptura ad essentiam rei pertinet, duo probanda 1. quidem depopulatio, furtum, incendium & simil. saltem juramento amittentis, *l. 5. & l. 11. fin. §. 1. C. h. t.* 2. vero, hæc instrumenti contenta fuisse, probandum est duobus testibus, licet instrumentum plures testes desideraverit & habuerit, sed si scriptura ex consensu partium & non de necessitate adhibita, non amissio, sed tantum contenta sunt probanda, de quo *Masc. concl. 909. & seq. Trentac. lib. 2. tit. de fide instrum. resol. 4. Besold. Cons. 246. num. 42. seqq. Menoch. lib. 6. præs. 6. Castillo lib. 3. controv. cap. 18. Honded. part. 1. consult. 19. num. 19. Wes. cons. 72.* Quando autem pars adversa dilaceravit vel abstulit, tunc super contentis juramento creditur illius, cujus illud fuit per *L. Si quando. C. unde vi. Trentac. d. l. declar. 3.* qui videatur etiam de numero testium *declar. 2.* 18

Quod si instrumenti in judicio recognitio petatur, & adversarius ejus qui scripsit, manum se non callere, nec ideo posse recognoscere se dicat, quod sæpius opponi solet a Curatoribus bonorum, vel Contradictoribus in Processibus liquidationum, tunc recurri debet ad comparationem literarum, de qua in *L. Comparationes. cum Auth. Adhæc. seq. C. h. t.* cujus hæc forma: ut Judex adhibitis Notariis & peritis de credulitate jurantibus, literas instrumenti dubii cum literis alicujus Instrumenti liquidi, quod manu illius subscriptum esse constat, vel ex testium assertione &c. vel aliunde conferat, quod remedium est extraordinarium & suscipitur eo casu, quando id pars petit, & documentum non potest recognosci, & petens aliis probationibus destituitur, & is juramentum calumniæ 19

Practica *Legis Si condendat. ff de fidejussoribus. Carpz. in proc. tit. 13. art. 1. n. 36. & tit. 20. art. 4. n. 18.* putet, provocato actori probationem esse injungendam, sed quia hæc practica non prærequirit diffamationem, & hac practica utens tantum Exceptionem vult opponere, & ita non negare intentionem Actoris, & fidejussor provocans ad divisionis beneficium, probare debet, cæteros solvendo esse, per tradita *Caroci de excuss. bonorum p. 2. q. 1. Sichard. in l. 10. n. 7. C. de*
2 *fidejuss.* ideo de ea Carpzovii sentetuia valde dubito. Et probari potest negativa per testes, quibus ignorantibus actus peragi non potuisset, *Pacian. lib. 1. de probat. c. 73. n. 10. Herculan. d. Tr. num. 164. Klock. cons. 10. n. 710. & cons. 79. n. 788. Farin. qu. 65. n. 229.* vel per documentum, in quo illud necessario scribendum fuisset, sicut per
3 matriculam probari potest, aliquem non esse civem. Et hæc de negatione facti; negatio juris transfert onus in negantem, id est, qui negat, alteri jus testandi & contrahendi competere, quod tamen est de genere permissorum, ille tenetur negativam suam probare. *Pa-*
4 *cian. lib. 1. de Probat. c. 52. n. 1. & seqq. Umm. d. disp. 15. n. 10.* Sic etiam qui qualitatem naturalem negat, (aliud enim in accidentali) tenetur probare. *Pacian. lib. 1. cap 53. Umm. d. l. n. 11. Mascard. concl. 1255. n. 86.* In Actione negatoria, licet Actor super negativa se fundet, non tamen onerandus est probatione, quia pro Actore militat præsumptio, dum prædium quodlibet præsumitur liberum, *L. 8. & seq. C. de Servitut. Schneidew. in §. Æque. J. de Act. n. 35. Anton Fab. l. 3. Cod. tit. 24. def. 8. Carpz. de Process. tit. 13. art. 1. n. 21.* quod *ex Fabro ibid.* limitat *n. 29. & seq.* nisi Actor Reum vi, aut clam, aut precario uti servitute contendat, quia sic possessionem Rei fatetur, sed vitiosam. Sed de hac limitatione posset dubitari, quia omnis agens negatoria actione dicit duo. 1. Reo nullam competere servitutem. 2. eam tamen sibi usurpare. Nam si reus nullam servitutem usurparet, aut tentaret, ea uti non opus esset actione negatoria. Prius allegare sufficit, posterius ab actore probandum.

5 Ea, quæ in jure consistunt, non sunt probanda, maxime ea, quæ in thesi sunt, quæ autem in Hypothesi sunt, probari possunt per allegationes textuum juris & Doctorum, qui hunc casum in terminis propositu-

Google

posuerunt, vel offerendo consilium alicujus Jurisperiti, sicut dispositum in Nuperr. Recess. §. Zu der damahliger gründlicher &c. *Vid. Umm. d. l. n. 16. Conf. Bachov. vol. 2. disp. 4. th. 1. lit. B.*

Sunt autem ea tantum probanda, quæ ad causæ decisionem per- 6
tinent, quæ autem sunt impertinentia, judex ex officio ad probandum admittere non debet. *L. 21. C. de probat. Gail. lib. 1. obs. 81. n. 3. Umm. n. 15.* Et frustra probatur, quod probatum non relevat, *Gail. lib. 1. obs. 51. pr.* & probanda ea tantum, quæ a reo negata, so ist Kläger den Grund seiner Klage und so viel ihm daran verneinet wird/ wie recht/ zu erweisen schuldig/ etc.

Et probatio debet esse concludens, quæ non tantum per possibile, 7
sed per necesse concludit. *Bl. in d. L. 21. n. 1. Schurff. Cent. 2. cons. 52. n. 8. Wes. cons. 13. n. 74.*

Sunt autem probationes vel Artificiales, vel Inartificiales. Illæ 8
per præsumptiones; hæ per testes & instrumenta expediuntur, *Menoch. lib. 1. præs. 1. & 2.*

Alia etiam plena, alia minus plena vel semiplena, *L. 5. & 6. C. h. t.* de 9
qua *Berl. part. 1. concl. 36. Umm. d. disp. 15. n. 5. Bachov. Vol. 2. disp. 4. th. 2. lit. B. Carpz. tit. 2. art. 2. n. 26. & seq. & tit. 13. art. 3. n. 12. & 85.* Semiplenæ autem effectus duplex potissimum: 1. quod faciat, ut ea utem ad juramentum suppletorium admittatur, de quo alibi. 2. Ut se- 10
miplena aliis minus plenis probationibus, vel præsumptionibus & adminiculis juncta, plenam faciat probationem, potissimum in civilibus, & in defensione Rei, & in summariis; (non vero in Criminalibus) ubi plures probationes imperfectæ possunt facere unam perfectam. *Bald. in L. Si quis. 6. §. 1. n. 2. & seq. ff. de Edend. Cravetta consil. 158. n. 11. Menoch. consil. 1151. n. 14. & lib. 1. præsumpt. 41. Umm. d. disp. 15. n. 21. Gail. l. 2. obs. 93. n. 18.*

Quando Judex audit intentionem Actoris negari, tunc Actorem 11
admittet ad probationem earum rerum, quæ in dubium vocantur, salva tamen Rei reprobatione, ut fieri assolet, licet utplurimum Reus eam sibi reservare soleat, quod tamen necesse non est, nam etiamsi reus nullam sibi reservaverit reprobationem, ad eam tamen admittitur. *Carpz. tit. 13. art. 2. n. 9.* Et contra reprobationem reprobatorii

articuli admittuntur, si quid in reprobatione reus adduxit, super quo actor nondum auditus est. *C. Licet delectus. 49. X. de Testib. Berl. p. 1.*
12 *dec. 60.* Et si terminus probatorius certus sit, intra terminum illum probatio fieri debebit, quamvis si judex videat, partes nectere moras in faciendis probationibus, producendis testibus, vel instrumentis, possit iis ad hoc faciendum certum præfigere terminum, *post Bart. in L. 1. ff. de dilat. Treutl & ibi Bachov. vol. 2. disp. 4. th. 6. lit. D.*

13 Et quamvis jure communi quatuor dilationes, & ultima quidem cum certa solennitate & præstito juramento concedenda, tamen Jure noviss. Imperii illam solennitatem ad tertiam dilationem adstrictam esse supra diximus.

14 Habetur autem formula juramenti illius in Ordin. Electoral. Palat. *tit. 34. n. 15.* Daß er diese dritte oder vierdte Dilation aus keinen Betrug/ arger List oder Gefehrde begehre/ sondern allein zu Vollendung seiner Kundschafft. Formula hæc proponitur a *Carpz. n. 165.* Würde Kläger eidlich erhalten/ daß er die dritte Frist nicht malitiose und zu Verschleiffung der Sachen gesucht/ immassen ihm zu thun oblieget/ 2c. Terminus probatorius jure communi certus non est, sed pro distantia locorum variat. *l. 1. C. de Dilat. c. 4. §. Spatium. Caus. 3. q. 3.* Jure Sax. est 6. septim. & trium dierum, apud nos sex septimanarum, quod currit jure communi a tempore sententiæ, jure Sax. a lapso decendio, vel si appellatum, a tempore, quo appellatio rejecta &c. *Carpz. d. l. n. 59. & seqq.*
15 Sed, lapso termino probatorio, non est quis ad probandum admittendus per ea, quæ tradit *Carpz. part. 1. const. 16. d. 1. & seqq.* Et solet ita pronunciari Daß Kläger an seinem Beweiß sich nunmehr verspätet oder versäumet/ derhalben Beklagter von der Klage zu absolviren, &c. Idem tamen varias habet limitationes, si probaturus impedimento inevitabili detentus, si Minor, si Universitas, aut alia persona miserabilis, aut causa favore digna, &c. ut pluribus deducit *Carpz. d. tit. 13. art. 1. n. 173. seqq.* imo & demonstrationem post lapsum termini fieri posse, docet *Carpz. d. const. 16. def. 16.* de quo merito dubitamus, nisi quis intelligat ocularem inspectionem. Nam si exceptio termini lapsi altioris sit indaginis, potest, ea non obstante, admitti examen testium, ac postea de illa & de meritis causæ simul disputandum. *Mev. p. 5. dec. 24. &*

per

Google

per notata ad l. 39. de Minor. Ipso jure autem non currit, si per factum Adversarii (forte si super admissibilitate articulorum controversiam moverit Reus) impeditus fuerit, *Mynf. cent. 2. obs. 99* nam si de articulorum pertinentia res nondum decisa, terminus probatorius non currit, *Mev. p. 6. dec. 189.* idem si facto judicis quis impediatur. Nec currit terminus, si per appellationem suspensa sit sententia interlocutoria, sed currit ab eo tempore, quo in rem judicatam transiit. *Mev. p. 3. dec. 173. conf. Berlich. dec. 99.*

Si actoris intentio probata, vel a Reo confessa, Reus debet suam ex- 16
ceptionem probare, formula hæc potest esse, vel similis: Dieweil Kläger durch producirung des Kauff-Brieffes seine intention bewiesen/ so ist Beklagter die vorgeschützte exceptionem simulationis oder confusionis innerhalb einer Cammer-Gerichts-Frist/ zu erweisen schuldig/ dem Kläger seine Gegen-Nothdurfft vorbehaltende/ nisi in negatione consistat, nam tunc Actori incumbit probatio contrarii *per L. 2. ff. de Probat. Col. de Proc. Exec. part. 4. c. 1. n. 85.* ut in exceptione non numeratæ pecuniæ. *L. 3 & 10. C. de non num. pec.* Idem in exceptione non impleti contractus. *Carpz. part. 1. const. 10. def. 18. & l. 2. Resp. 88. Klock. vol. 2. cons. 39. n. 283.*
In nonnullis Ordinationibus jubetur Reus statim cum Actore probare 17
suam exceptionem, licet Actor nondum probaverit, ut tamen probatio illa non publicetur, nisi probata intentione Actoris, quod apprime ad maturandum Processum facit. *Ord. Pom. tit.* von Defensionen. *in fin.*

Nonnunquam Actori & Reo simul probandi onus a judice imponi potest, quod consvevit fieri in possessorio uti possidetis, in causis summariis, ut lites abbrevientur, maxime si in terminis contradictoriis ambo versentur, de quo *Bl. in L. Siquidem. C. de Exc. n. 2. Tusch. concl. 373. n. 2. Berl. part. 2. decis. 256.* Idem in judiciis finium regundorum, familiæ ercisc. & communi dividundo constituit in *Ord. Pruten.* Seren. Elect. Brandenb. *tit. 23.* §. 8.

CAPUT XIX.

DE

INSTRUMENTIS.

SUMMARIA.

1. Instrumentum quid & quotuplex. *2. Instrumentum quasi publicum.*

3. *Quomodo privata probent.*
4. *De libris mercatorum.*
5. *Instrumentum contra producentem probat.*
6. *Exemplum non probat regulariter, & n. 10. & 11.*
7. *Qui ad exemplificationem citandi, & quomodo ea facienda, & n. 8. 9.*
12. *Quando producenda, & n. seq.*
14. *Potest judex certum terminum peremptorium præfigere.*
15. *Quid jure novissimo & jure Sax. & n. 16.*
17. *Productio originalis coram judice fieri potest.*
18. *Quid si Instrumentum amissum.*
19. *De comparatione literarum, & n. seq.*
22. *Quomodo Editio documenti petenda & jubenda, & n. seqq.*
25. *Quæ edenda, & n. seq.*
27. *Quomodo coercendus is, qui recusat edere, & n. seq.*
29. *Juramentum purgationis locum habet.*
30. *Edita documenta recognoscenda, vel jurato diffitenda, & n. seq.*
32. *Testis cum juramento recognoscit.*
33. *Exemplum quando recognoscendum.*
34. *Quando in publico instr. testes jurato recognoscere debeant.*
35. *Recognitio potest fieri salvis exceptionibus.*
36. *Liberum producenti, an testium recognitionem petere, an vero diffessionem adversarii rem committere velit.*
37. *Forma Recognitionis.*
38. *Quomodo procedendum contra contomaces in recognoscendo, & n. 39.*
40. *Effectus Recognitionis.*
41. *Referenti non creditur sine Relato.*
42. *Reprobatio instrumentorum quomodo fiat, & n. seq.*
44. *Falsitas instrumenti.*
45. *De Rasuris, & n. seq.*
47. *De Exceptionibus, documenta.*
48. *Ex instrumentis publicis in Camera decernuntur Mandata sine clausula.*

1 INstrumenta sunt Scripturæ, quibus fides alicujus rei fieri potest in judicio, & sunt vel Publica vel quasi publica, vel Privata: illa sunt, quæ authoritate publica sunt scripta, vel judicis, vel Notarii publici, qui notionem habet in actibus voluntariæ jurisdictionis, & dicuntur judices chartularii, ideo eorum documenta coram testibus confecta, habentur pro publicis. Judicis authoritate scribuntur tam illa, quæ jussu Judicis ab Actuario, ut Acta judicialia, *Berlich. part. 1. conclus. 26. num. 8. Ummius disp. 17. num. 7.* quam quæ ab ipso Judice scripta, vel subscripta. *Berlich. d. l. num. 19.* Item Libri Censuales, Saalbücher/ Urbaria & similia, quæ inter subditos plene probant. *Carpzov. part. 1. const. 16. def. 25.* Sed contra subditos pro Magi-

Google

Magistratu in puncto servitiorum & similium non probant plene, ne Magistratus, ad cujus nutum conscribuntur, in propria causa testis sit, *Carpzov. lib. 1. Resp. 61.* nisi solenniter coram Notario, & testibus auditis & confessis subditis, conscripti sint &c. quas exceptiones *Carpzov.* profert. *Resp. 62. & seqq. Conf. Berlich. part. 2. dec. 282. & seqq. duab. Ummius. num. 7.* Sic etiam Scripturæ ex Archivis depromptæ probant, *Ruland. part. 2. lib. 5. cap. 3. Ummius n. 9. Berlich. num. 10.* ubi tamen eadem videntur repetenda, quæ supra de Censualibus libris dicta sunt.

Quasi publicum instrumentum est Scriptura a tribus testibus sub- 2
scripta juxta *L. Scripturas. 11. C. qui potior. in pign.* modo pars ipsa subscripserit, vel instrumentum sua manu exaraverit. *Masc. concl. 301. n. 25.*

Privata instrumenta plane non probant, nisi 1. sint a partibus 3
subscripta, *Berlich. d. l. numer. 29.* vel 2. recognita, *Nicol. de Passeribus de Scriptura privata l. 1. q. 1. n. 125. Coler. de Proc. Exec. part. 3. c. 1. n. 87. Mascard. concl. 109. n. 9. Klock. vol. 2. cons. 62. n. 3. & seq.* vel 3 per testes probata, *Ummius. d. l. n. 25.* comparatione literarum confirmata, *L. Comparationes. 20. b. t. Ummius. n. 26. Carpz. l. 3. Resp 84.* vel 5. in judicio producta, & pars contra ea nihil opponit, tunc enim pro eis præsumitur, *Masc. concl. 1301. n. 18. Menoch. l. 2. præs. 45. n. 12. & 16. Klock. cons. 30. n. 111. vol. 2.* vel quando 6. longo tempore pro publicis fuerint habita, *Masc. d. l. n. 19.* vel 7. hoc inter partes actum, ut stetur instrumento privato.

Vulgo etiam libris Mercatorum vim semiplenæ probationis tri- 4
buunt, sed ea res in abusum tracta, & vix hodie semiplene probant, nisi Mercator sit spectatæ fidei, & res ad negotiationem pertineat, & summa non sit magna, liberque data & accepta contineat, & accedat juramentum Mercatoris suppletorium, de quo *Masc. conclus. 976. Surdus decis. 199. Carpz. part. 1. const. 17. def. 35. & seq. Gail. l. 2. obs. 20. Nicol. de Passerib. d. tract. t. del. mercat. n. 16.* Sufficere autem putat *D. Carpz. tit. 24. art. 5. n. 59.* si rationes non ipsius Mercatoris manu, sed & Registratoris scriptæ, quod tum concedo, quando Mercator sedulus est, libros ipse diligenter evolvit, & Registrator sit homo fide dignus, potissimum vero persona jurata. Nam Registratores omnes non sunt ejusdem fidei

& bonitatis &c. vid. *Gail. l. 2. obs. 20. n. 3.* Contra Mercatorem librum probare, extra dubium est. *Gail. d. obs. 20. in fine.* Et mortuo mercatore admittuntur heredes ad juramentum suppletorium credulitatis. *Carpzov. tit. 14. art. 5. n. 75.*

5 Omne instrumentum autem contra producentem probat, nisi produxerit cum protestatione in certis tantum capitulis, *Mascard. conclus. 916. Cavall. q. 696. Vivius decis. 110. Berlich. dec. 38. Carpz. p. 1. const. 7. def. 7. Coler. part. 3. c. 8. Menoch. lib. 2. præs. 45. Gilcken. in L. 14. h. t.* si modo versemur in punctis enunciativis, non dispositivis. *Vivius decis. 370. n. 3. Cavall. qu. 696.*

6 Producendum autem ipsum Originale instrumentum, non exemplum, quia exempla regulariter non probant, *L. 2. ff. & L. 7. C. h. t. c. 1. X. eod.* nisi exemplum Jussu Ordinarii Judicis, qui originale pro Authentico habuit, & agnovit, extractum sit a Notario Judicii, ex causa justa, scil. vetustatis instrumenti, vel absentiæ futuræ, vel quia Acta longius transmittenda, vel quia instrumenta plura capitula continent, & non de toto instrumento, sed parte ejus quæstio, nam tunc exhibitio totius Instrumenti facienda Judici, sed non parti, cui copia ita extracta tantum communicanda, ne plura litigia occasione instrumenti totius exhibiti oriantur, *Br. in rubr. ff. de nov. nunc. n. 7. Panorm. in c. 5. X. h. t. n. 2.* & ita in Cam. Spir. observari, testatur *Gail. l. 1. obs. 106. n. 10. Mindan. de Process. c. 48. n. 19. & seq.* Maxime si idem Notarius, qui exemplum scripsit, fuerit etiam scriptor originalis, *Masc. concl. 712. Mynsf. c. 6. obs. 94. Frederus l. 2. c. 48. n. 20.* His omnibus tamen casibus, quibus exempla probant, semper recursus ad originale, si haberi potest, conceditur, quia in describendo facile error committitur. *Donell. l. 23. c. 8. lit. T.* Contra producendem autem Exemplum semper probat nisi aliud conventum *l. 45. §. 6. ff. de jure fisci.* Exempla etiam ad instruendum reum initio producere sufficit. *l. 10. §. 2. C. de edendo.*

7 Citari autem ad exemplificationem ii debent, quorum interest, & hæc Practica habetur *in c. ult. X h. t. & ib. Panorm & Felin. & Cans. & alii. Covarr. Pract. qu 21. n. 5. Masc. concl. 712. n. 12. & seq. Mynsf. Cent. 6. obs. 73. n. 19. Christin. vol. 2. dec. 78. n. 4.* quamvis si in mora periculum

lum, citatio eorum, quorum interest, omitti possit, *Padilla in L.3.*
de resc. vend n.9. Si vero alias extra casum periculi exemplificetur in- 8
strumentum jussu judicis, semiplenam tantum facit probationem, &
poterit judex parti, quæ amissionem instrumenti Originalis allegat,
juramentum, si sit persona honesta, deferre. *Molin. ad Consvet. Paris.*
T.1. §.5. n.38. & seqq. Covarr. d.l. Sic etiam alia Practica est, ut, amisso ori- 9
ginali, per Notarium ex Protocollo Notarii mortui jussu judicis extra-
hatur exemplum, etiam non citatis, quorum interest, cum ad Proto-
collum recurri semper possit. *Felin. in c. pen. n.3. Mynf. d. obf. 73. n.12.*

Exemplis etiam ex Archivo publico depromtis fides plena ad- 10
hiberi solet. *Auth. Adhac. C. h. t. Carpz. part. 1. Constit. 17. def. 38. Padilla*
d.l. n.12. Masc. d. conclus. 712. n.61. & seqq. Ruland. de Commissar. part. 2.
l.7. c.8. n.11. Koppen. decis. 46. Sed necesse est, ut illi copiæ vel exem-
plo fides sua constet ex consensu partium, nam sola custodia vix hoc
efficit, nisi de antiquitate & authoritate exempli aliunde quodammo-
do constet. *Conf. Dn. Struv. Exerc. 28. th. 31.*

Antiqua etiam exempla produci solent in judiciis, quæ pro re nata 11
interdum fidem facere possunt, de quo vid. *Covarr. d. c.21. n.7. Menoch.*
l.2. præs. 80. n.2. Mynf. Cent. 6. obf. 75. Padilla d. l. n.13.

Producenda autem sunt instrumenta regulariter post litem con- 12
testatam, adeo, ut si ante litem contestatam producta essent, lite con-
testata reproducenda sint, *Wes. cons. 3. n.34. Pacian. de Probat. l.1. n.85.*
& hos citans Ummius d. disp. 17. n.28. Berlich part. 1. concl. 43. n.39. Si
autem ante litem contestatam producta essent, & super illa scriptu-
ra disputatum fuisset post litem contestatam, ex perseverantia liti-
gandi censetur instrumentum reproductum post litem contestatam.
Pacianus de Probat. l.1. c.66. n.85. & seq. & Klock vol. 2. cons. 5. n.105.
In casu etiam, quod ad recognoscendum agitur, vel quando reus in-
strumentum producens, actorem a limine judicii repellere vult, tunc
reproductione opus non est, *Carpz. d. l. n.15.* In processu ordinario
autem pronunciari solet hac formula: daß Kläger die bey der überge-
benen Klage in copia producirte documenta in originali zum Beweiß
seiner Klage zu produciren schuldig.

Pro-

13 Produci autem possunt usque ad conclusionem in causa, *C.*
Cum dilectus. 9. X. h. t. Post conclusionem in causa, non admittenda
est ulla productio Instrumentorum, nisi noviter ea sint reperta, aut
causa sit summaria, vel pia, aut judex ex officio procedat, vel causa
sit criminalis, aut productio fiat ad declarationem probationum, vel
nisi ut allegatio juris producatur, vel in instantia Appellationis, vel si
instrumentum super tali exceptione producatur, quæ etiam post sen-
tentiam opponi potest. Formula decreti super instrumentis noviter
repertis hæc proponitur a *Carpz. n. 39.* Würde Kläger sein Vorge-
ben/ daß er von denen neuen producirten documenten vorhero
keine Wissenschafft gehabt/ eidlich erhalten/ so würde er damit bil-
lig gehöret/ &c. Hoc autem juramentum ab ipso producente præ-
stari par est, de quibus Exceptionibus *Mynsing. cent. 4. obs. 60 &*
Cent. 6. obs. 56. Panorm. & Felin. in d. cap. 9. Mascard. concl. 926. Co-
varr. Pr. Qu. 20. num. 8. Vivius decis. 235. Cavall. q. 650. Lancellot. de
offic. Prætor. tit. de Instrum. n. 4.
14 Sed potest judex ad omnia Instrumenta producenda ad ab-
breviandas lites constituere certum terminum, ubi post terminum
illum productio ulla non admittitur. *Panorm. in d. c. 9. num. 4. Af-*
nius in Praxi. §. 22. cap. 2. Ummius d. n. 28. Confer. Autor Parthenii
litig. part. 2. cap. 13. num. 19. Novissimo Recessu Imperii salutariter
15 provisum, §. Beyneben bleibet einem jedem/ &c. ut Actor sua docu-
menta, quibus intentionem suam probare vult, statim una cum li-
bello vel supplicatione offerre possit in copia, ut reus eo melius se
informare possit, an contendere debeat, & ea tenetur Actor repro-
ducere in primo termino post litis contestationem, loco probatio-
nis, & petere, ut recognoscantur, si opus sit. Quod si autem antea
cum libello non sint producta ipsa instrumenta, in secundo termi-
no loco probationis producenda cum petitione recognitionis. §.
16 Wenn nun der Beklagte/ &c. In Electoratu Saxonico utiliter con-
stitutum, ut intra terminum probatorium documenta producan-
tur saltem in copia, si non in Originali, sub pœna præclusionis, de
quo *Carpz. de Process. tit. 14. art. 1. n. 2. & seq.* & id de Jure communi
etiam statuit *Hilcken. ad L. fin. C. h. t. n. 2.*

Quia

Google

Quia autem fieri poteſt, ut inſtrumentum aliquod ſi in longinquis partibus, vel apud alium, qui non eſt de hoc territorio, vel actis in alio judicio ſit innexum, ut in hoc judicio in originali edi non poſſit, tunc hoc judici alteri committi poteſt per *L. Judices. 18. & ſeq. C. h. t.* Et hoc caſu pars, contra quam producuntur inſtrumenra, ad locum illum evocanda ſumptibus Producentis, ut ibi recognoſcat per *L. Judices. 8. C. h. t. Berlich. p. 1. concl. 45. n. 75. Carpz. d. l. n. 81.* 17

Quod ſi pars ad Inſtrumentum ſe referat, ſed illud amiſſum eſſe prætendat, quod his bellicis in tumultibus nimis frequenter fieri ſolet, tunc, ſi ſcriptura ad eſſentiam rei pertinet, duo probanda 1. quidem depopulatio, furtum, incendium & ſimul. ſaltem juramento amittentis, *l. 5. & l. 21. fin. §. 1. C. h. t.* 2. vero, hæc inſtrumenti contenta fuiſſe, probandum eſt duobus teſtibus, licet inſtrumentum plures teſtes deſideraverit & habuerit, ſed ſi ſcriptura ex conſenſu partium & non de neceſſitate adhibita, non amiſſio, ſed tantum contenta ſunt probanda, de quo *Maſc. concl. 909. & ſeq. Trentac. lib. 2. tit. de fide inſtrum. reſol. 4. Beſold. Conſ. 246. num. 42. ſeqq. Menoch. lib. 6. praſ. 6. Caſtillo lib. 3. controv. cap. 18. Honded. part. 1. conſult. 19. num. 19. Weſ. conſ. 72.* Quando autem pars adverſa dilaceravit vel abſtulit, tunc ſuper contentis juramento creditur illius, cujus illud fuit per *L. Si quando. C. unde vi. Trentac. d. l. declar. 3.* qui videatur etiam de numero teſtium *declar. 2.* 18

Quod ſi inſtrumenti in judicio recognitio petatur, & adverſarius ejus qui ſcripſit, manum ſe non callere, nec ideo poſſe recognoſcere ſe dicat, quod ſæpius opponi ſolet a Curatoribus bonorum, vel Contradictoribus in Proceſſibus liquidationum, tunc recurri debet ad comparationem literarum, de qua *in L. Comparationes. cum Auth. Adhæc. ſeq. C. h. t.* cujus hæc forma: ut Judex adhibitis Notariis & peritis de credulitate jurantibus, literas inſtrumenti dubii cum literis alicujus Inſtrumenti liquidi, quod manu illius ſubſcriptum eſſe conſtat, vel ex teſtium adſertione &c. vel aliunde conferat, quod remedium eſt extraordinarium & ſuſcipitur eo caſu, quando id pars petit, & documentum non poteſt recognoſci, & petens aliis probationibus deſtituitur, & is juramentum calumniæ 19

præstiterit. *Novella 73. c.7. §. fin.* ex qua comparatione semiplenam
tantum volunt exurgere probationem. *Trentac. lib. 2. tit. de fide in-
strum. resol.7. Carpzov. lib.3. Resp.84. & de Processf. tit.14. art.3. nu-
mer.74. & seq. Mascard. concl.330. Scacc. de judic. l.2.c.11. numer.1056.*
20 *& seqq. Farin. l.1. fragment. lit. C.n.470.* Imo ipsum judicium com-
parationem literarum facere posse solum statuit *Bl. in d. L. Compa-
rationes. & Donell. Carpzov. d. Resp.84. num.4.* quod mihi dubium
videtur, quia ita videri posset induisse personam testis, nisi forte et-
iam adsessoribus nota sit manus defuncti.

21 Illud vero certum, comparationem literarum hodie rarius fie-
ri, solere autem instrumentum recognosci per testes, quibus defun-
cti manus & sigillum cognita & perspecta fuere, sicut hanc Practi-
cam recte tradit *Carpz. part.1. Const.17. def. 14.*

22 Quod si instrumentum allegans dicat, illud in sua potestate
non esse, sed penes tertium, aut penes adversarium, tunc potest
editio peti & decerni per Edictum Prætoris a collitigante, vel in-
stituta actione, vel imploratione officii judicis contra tertium.
Carpz. d. tit.14. art.4. num.1. & seqq. Editio autem alicui imponen-
da non est, nisi præsumptio sit contra illum, quod Instrumentum
habeat, *Pacian. lib.1. de Probat. cap.62. num.1. & Berlich. part.1. concl.
45. num.74.* qui *in seqq.* præsumtiones allegat; v. g. Si Prædecessor
24 ejus habuit. Deficiente autem præsumptione juramentum judi-
ciale super hoc puncto deferri potest ei, a quo editionem petit, ita,
ut hic referre non possit, ut tamen deferens præstet prius juramen-
tum calumniæ, quod ita quidem a Sereniss. Elect. Saxon. disposi-
tum, de quo *Berlich. d. conclus. 45. n.29. & seqq. & Carpz. d. art.4. n.
11. & seqq.* Hoc tamen etiam juri communi consentaneum, ubi super
quolibet puncto ad causæ decisionem faciente juramentum deferri
potest, licet deferens nihil probaverit, & ubi is, cui defertur, solus no-
titiam rei habere potest, referre nequit, ut suo loco dicetur.

25 Regulariter autem Actor tenetur edere Reo instrumenta
omnia, etiam quibus usurus non est *per L.5. C. de Edend.* sc. ad fun-
dandam exceptionem, de quo *Hillig. lib.23. cap.6. lit. E. Mindan. d. l.
2. de Mand. c.48. n.8. & alii. conf. noviss. Carpz. d. art.4. n.20. & seqq.*

Reus

Reus vero edere non tenetur *per L. Qui accusare. 4. ubi Dd. C. de*
Edend. nisi Instrumenta proprie ad Actorem pertineant, vel sint
communia, vel in duplicibus actionibus, aut interdictis versemur,
vel ubi facultas probandi sine culpa Actoris perit, vel si Editio pe-
tatur ad fundandam replicam Actoris. Item, quando Actor est Fi-
scus, vel Reus argentarius, &c. quas aliasque exceptiones fusius perse-
quuntur Dd. *in d. L. Qui accusare. præcipue Donell. lib. 23. c. 7. & ibi*
Hillig. lit. D. Menoch. l. 2. Arb. Quæst. cas. 499. Mend. d. c. 48. n. 10. Umm.
ad Proc. disp. 17. n. 32. & nos alibi. Ego puto, si reus alias de lucro cer- 26
taret, & Actor de damno, æquissimum tunc esse compellere reum
indistincte, ut edat instrumenta etiam non communia, nam si non
edat, vulnerat conscientiam suam, damno alterius lucrum captans.
Sed quia sæpe recusantur editiones Instrumentorum, & lites 27
ita protelantur, ideoque agendum de remediis, quibus ad editio-
nem possunt compelli, & jus civile quidem dat actionem in fa-
ctum ad interesse. *L. 10. §. ultim. ff. de Edend.* Sed quia difficile τῦ in-
teresse esset probatio, non diffitente *Hillig. d. l. lit. I.* ideoque uti-
lius est per mandata compulsorialia simplicia & arctiora editio-
nem urgere, de quibus *Gail. lib. 1. obs. 134.* etiam indicta mulcta.
Gail. d. l. num. 11. Ruland. de Commiss. part. 2. lib. 5. cap. 29. num. 3.
& Carpz. d. l. num. 56. Mindan. lib. 2. de Process. c. 47. & seqq. Jure 28
Saxonico recusans habetur pro confesso in contumaciam, & copiæ
producentis habentur pro recognitis, de quo *Carpzov. d. art. 4.*
numer. 24. & seqq. quod nec jure civili putarem incognitum vel ab-
surdum per *L. Si possessione. 20. in fin. C. de probat. juncta L. 2. §. 1. ff. de*
jure Fisci. ubi non repertis instrumentis præsumuntur ea subtracta,
sed subtractis, alia probatio non quærenda, *d. L. 20.* & ita *Donell. ad L.*
1. C. de Edend. n. 8. citatus ab *Hilliger. d. lit. I* licet securius procedat
pars & judex, si judex contumaci comminetur, se exemplo fidem ha-
biturum, si quidem Adversarius Originale edere nolit, *Mynsing. ad*
cap. 1. n. 42. X. de probat. quem sequitur *Ummius d. disput. 17. n. 42.*
Si autem alter neget, se Instrumentum habere, præsumptio- 29
nes tamen contra eum militent, quod habuerit, & etiamnum ha-
beat, tunc solet a judice ipsi deferri juramentum purgationis, quæ

Practica derivatur a *Dn. Carpz. d. art. 4. numer. 66. ex L. ult. C. h. t.* quo juramento præstito, non statim judex ad sententiam properare debet, sed terminum assignare actori debet, an forte aliter probare posset propositum, *Mevius p. 2. dec. 97.*

30 Si jam producta sint a producente vel altero, tunc ille, contra quem producuntur, tenetur recognoscere sine juramento, vel diffiteri jurato, *Carpzov. part. 1. constit. 17. def. 120. Berlich. part. 1. concl. 44. per tot.* si modo alter veritatem expresse, vel tacite approbavit, *Mevius part. 4. dec 64.* quod nec jure civili incognitum fuisse, apparet *ex L. Cognoscere. 56. ff. de V. S. & L. 15. §. fin. ff. de reb. auth. jud.*
31 *possid. aliisque textibus.* In Cam. Spir. Ordinat. *part. 1. tit. 30.* dispositum, ut Originalia instrumenta statim recognoscantur, vel recusentur, nisi ex causa terminum Judex statuerit, & mox originalia partibus debent restitui, exemplis collatis apud acta relictis. Clarius adhuc in Recess. de Anno 1564. §. **Wenn nun der Beklagte.** &c. Eaque in Camera Brandenb. jam diu recepta, ut non tantum docet quotidiana experientia, sed etiam ea, quæ *Pruckmann. Vol. 1. cons. 7. num. 16. & seqq. & alibi* habet & *Koppen. decis. 46.* Et hoc ita observatur in summo tribunali Wismariensi, *Mev. p. 4. dec. 391.* quod si autem manum suam esse negaverit, non statim absolvendus reus, sed via ordinaria probationis actori panditur, & processus executivus in ordinarium convertitur. *Mev. p. 5. dec. 172.*

Tenetur autem aliquis recognoscere suam manum sine juramento, sed diffiteri cum juramento, quod juramentum adsistente ipso præstari æquum est, quod in Saxonico Electoratu bene constitutum est, non admittitur tamen diffessio jurata contra documentum, habens subscriptionem duorum testium, si hi suam manum jurato recognoverint, vel instrumenta sint publica. Vid. *Carpz. d. art. 3. n. 48. & multis seqq.* Si autem ut testis alienam manum recognoscere debeat, tunc ei nec recognoscenti credendum est sine juramento. *Berlich. part. 1. concl. 44. n. 46. & seqq. Carpz. part. 1. Const. 17. def. 12.*

33 Quid si autem non Originale, sed Exemplum manu Notarii confirmatum ad recognoscendum producatur? Hoc ipsum recognoscendum esse putat *Dn. Carpzov. d. tit. 14. n. 47.* quamvis autem non

Google

non ſoleant ad aliena inſtrumenta recognoſcenda partes compelli, niſi probabiliter eorum habeant notitiam, & talia documenta vidimata apud nos plene non probent regulariter, & ideo fruſtra videatur aliquis ad eorum recognitionem compelli, per regulam, quam habet *Carpz. part. 1. conſt. 17. def. 25. & Berl. d. concl. 44. n. 63.* poteſt tamen Notarii manus eſſe cognita Adverſario, & ideo hoc arbitrio judicis committendum. Si documentum ſolo ſigillo ſine ſubſcriptione munitum, utique recognitio fieri debet, an autem ſolum ſigillum privati probet contra eum, cujus eſt ſigillum, alibi diſputatur.

Quod ſi Inſtrumentum etiam trium teſtium ſubſcriptione ſit 34
munitum & agatur ex *L. Scripturas 11. C. qui potior. in pign.* tunc non tantum debitoris, ſed teſtium recognitio neceſſaria eſt, *Koppen. d. l. num. 29.* quia contra tertium agitur.

Cautela etiam eſt Reorum, ut recognitio fiat ſalvis exceptio- 35
nibus, cujus hic eſt effectus, ut facta recognitione, non ſtatim executio fiat, ſed prius ſuper exceptionibus cognoſcatur. *Berlich. part. 1. concl. 84. num. 97. & ſeq.* Hæc clauſula (ſalvis exceptionibus) ſemper ſubintelligenda videtur, quia ſi non ſubintelligeretur, ſequeretur recognoſcentem manum ſuam ſtatim omnibus exceptionibus ſuis renunciaſſe, ſi quas habuit, nec ulla eſt conſequentia: Hæc eſt manus mea, Ergo nulla mihi datur Exceptio. Quia etiam, licet inſtrumentum in contumaciam pro recognito habeatur, contumax tamen qui fuit, ad proponendas Exceptiones ſuas admittitur, cum non major effectus fictæ recognitioni, quam veræ tribuendus ſit. vid. *Carpz. d. l. num. 28. & ſeq.* his verbis addens formulam decreti: **Wenn ſchon die** producirte documenta per ſententiam pro recognitis **erkant/ wird doch Beklagter mit ſeinen darwieder handlenden** Exceptionibus **billich gehöret.**

Si quis autem fidem alterius ſuſpectam habeat, in arbitrio pro- 36
ducentis eſt, an diffeſſioni juratæ alterius, an vero recognitioni teſtium rem committere velit. *Berl. d. l. n. 48. Carpz. d. conſt. 17. def. 14.* Formula hæc Dn. Carpzovii: **daß der Beklagte die** producirte documenta **gebührlich zu** recognoſciren/ **oder eidlich zu** diffitiren **ſchuldig/ es wolte denn Kläger/ auff ſolchen Fall ſich Beklagter zur eidlichen** diffes-

 ſion

sion erhöthe/ es darzu nicht kommen lassen/ sondern daß er richtige documenta, durch Zeugen beweisen/ damit würde er billich gehöret. Sicut etiam, si quis jurato diffessus sit, integrum est producenti de falsitate diffessionis vel etiam de perjurio alterius quærere, quia hoc juramentum non producens detulit, sed Lex, ut tradit *Berlich. d. l n.55.* & potest pœna dictari *ex Auth. Contra qui propriam. C. de non. n. pecun.*

37 Forma recognitionis pluribus describitur *a Berlich. Carpzov. Koppen. dd. ll.* Et consistit breviter in hoc, ut Recognoscens non tantum manum & sigillum pro suo, sed etiam obligationem pro sua agnoscat, cum alterius dolo, aut errore alienæ obligationi subscribi possit, vel etiam charta blanca esse potuit. Ideoque hanc clausulam tradit *Carpz. d. art. 2. n. 61. & seq.* Daß Beklagter ander Gestalt/ denn beschehen/ die documenta zu recognosciren schuldig. Et qui nescit literas legere prælecto documento, interrogandus, an hæc sua voluntate scripta esse fateatur. *Carpzov. l. 3. Resp. 79. num. 8. & Carpz. p. 3. dec. 233.* Et recognitio necessaria, licet in instrumento recognitioni renunciatum esset, nam sine recognitione sciri non potest, an hæc renunciatio ex ejus mente scripta. *Carpz. d. art. 2. n. 72*

38 Sed quia Rei solent declinare recognitionem, quomodo eorum contumaciæ obviandum? Resp. Jure Saxon. quidem Practica recepta est, ut jussus recognoscere sub pœna confessi, si in contumacia perseveret, tanquam confessus habeatur, præmissa tamen bina vel trina sententia, daß Beklagter die Unkosten dieses Termins Klägern zu erstatten/ und im übrigen dem Urtheil zu folge/ die documenta zu recognosciren, oder eidlich zu diffitiren schuldig/ im wiedrigen werden dieselbe pro recognitis gehalten. *Carpz. art. 3. n. 20. Conf. Berlich. d. concl.*
39 *44. n. 59. & Carpz. d. Const. 17. def. 13. & seq.* Sed in Camera Spir. in civilibus eadem methodus est, ut si debitor citatus non compareat, neque recognoscat manum & sigillum sui Chirographi, manus & sigillum ipsius pro recognitis habeantur, causaque ex officio pro conclusa acceptetur, & Reus ad solutionem definitive condemnetur, *Gail. l. 1. de P. P. cap. 15. n. 15 Covarr. lib. 2. resol. cap. 11. n. 4. Koppen. d. l. num. 33 Dn. Mevius de jure Lubec. lib. 3. tit. 1. art 1. num. 33.* quo pertinere videntur verba *Recess. Imper.* §. Hätte denn der Kläger/ &c. *ibi:*

Auch

Auch in puncto recognitionis auff des Klägers Erfordern sich der Gebühr recognoscendo vel diffitendo unter gewöhnlichen Præjuditz und Straffe des Procuratoren vernehmen lassen; quod tamen *Gail. d. l. n. 16.* limitat in causis civilibus arduis, & ubi qualitas personarum aliud svadeat, quo casu Sigilla per comparationem, vel alio legitimo modo probanda sunt, quia causæ graves criminalibus causis æquiparari solent.

Recognitionis effectus est, ut instrumentum recognitum ha- 40
beat vim instrumenti publici. *Covarr. d. l. Koppen. d. num. 26. & seq.* Sic privatum instrumentum per recognitionem fit publicum, scil. quoad recognoscentem, v. g. constituit quis hypothecam in instrumento privato tibi, postea mihi coram judice. Recognoscit ille tibi obligationem, non es tamen me potior, nam recognitio non operatur in præjudicium tertii. *Covarr. d. l. n. 4.*

Si instrumentum productum ad aliud se referat, ille, contra 41
quem producitur, petere potest, ut etiam relatum producatur; quia referens non probat sine relato per *Auth. Si quis aliquo. C. de Edend.* Formula decreti a Carpzovio proponitur hæc: Würde Kläger den Vergleich / darauff sich das von ihm producirte documentum sub lit. A referiret / zugleich vorlegen und ad acta bringen / so ergehet darauff / der gesuchten recognition halber / ferner was recht ist. Et hæc regula locum habet etiam in rescripto Principis, quod alterius mentionem facit *Carpzov. art. 5. n. 29.* Et hæc regula procedit, nisi 1. inter easdem personas agatur, quia contrahentes denuo se obligant, & sic quod de novo inter eos conventum, valet, licet prius documentum non extet. *Carpzov. d. l. n. 21.* Sed hanc limitationem non puto esse absolute intelligendam, præsertim, quando reus exceptionem suam in relato documento vult fundare. *Secunda* Exceptio est, si referens plenam sententiam exprimat, ut si in instrumento fidejussionis principalis debiti fiat mentio a Titio contracti, nam licet principale documentum non adsit, potest reus ad recognitionem compelli. sed ad acceptionem probandam, v. g. solutionis, vel pacti debitoris principalis, ex quo exceptio fidejussori competit, potest post recognitionem peti editio instrumenti debiti principalis. *Tertia* Exceptio est, si versemur io antiquis.

Quarta

Quarta est, quod instrumentum transsumptum probet, licet non
appareat protocollum, unde transsumptum est *Trentac. in tot. de
fide Instrum. res. 10.* prout has exceptiones allegat *Mascard. Vol. 2.
concl. 924. n. 5. & seqq. Carpz. part. 1. const. 17. def. 4. Cavall. qu. 44.*
42 *Coler. de Proc. Exec. part. 3. cap. 1. num. 56. & seqq.* Quod si alter velit
reprobare Instrumenta contra se producta, faciet illud vel productis
testibus, & quidem vel iisdem, qui in Instrumento descripti sunt,
quorum si duo se non fuisse præsentes, asserant, fides Instrumenti
corruit; aut producuntur testes in Instrumento non descripti, &
tunc duos sufficere, (si omni exceptione majores sint, nec in negotiis antiquis versemur, ubi magis creditur Instrumentis, quam testibus) si ita Judici videatur, a plerisque receptum videtur, ut apparet ex traditis *Farinacii qu. 158. per tot. Covarr. Pr. qu. 20. n. 6. Trentac.
de fide instrum. resol. 6 Mascard. concl. 920. Menoch. lib. 2. A. Qu. cas. 105.*
Licet enim duobus testibus æquivalere videatur Tabellio, *C. Quoniam contra. X. de probat.* in recentioribus tamen viva vox duorum testium præponderat, nisi cum Notario unus testis concurrat, *Covarr. l.
2. resol. c. 13. n. 11.* ubi subjicit, si plures, quam necesse fuerat, testes inscripti, supernumerariorum depositionem non attendi, si necessarii
duo testes cum Notario convenerint. Conf. *Wammes. Cent. 1. cas.*
43 *65. n. 11.* Si autem per aliam scripturam velit impugnare, tunc oportet hoc, per quod aliud impugnatur, majoribus adminiculis niti, v. g.
Notario digniori aut testibus, aut esse antiquius & similia. *Vid. Trentac. l. 2. tit. de fide Instrum. resol. 5. n. 8. & seq.* ubi plura.
44 Maximum autem vitium Instrumentorum est, si falsitate laborent. Suspicio autem falsitatis distingirur a Doctoribus in Intrinsecam
& Extrinsecam *Hæc* est, quæ provenit ex vitio aliquo visibili, & adhæret Instrumento, & ex inspectione redargui potest, v. g. abrasione,
interlineatura, diversitate atramenti, & similibus: *Illa* vero ex vitio invisibili. v. g si Instrumentum tempore non oppotuno producitur,
vel si de facto eodem alia instrumenta continent diversum tenorem. *Mascard. de Probat. concl. 741. n. 3. & seq.* Ob intrinsecam
falsitatem tantum usque ad sententiam agi potest per *L. fin. §. fin. C.
h. t.* Sed de falsitate extrinseca etiam post Sententiam *per L. 1. & 2. C.*

Si ex

Si ex falſ. inſtrument. Siebard. ad d. L. fin. n. 2. Ut autem de falſitate intrinſeca Inſtrumentum convinci poſſit, tenetur poſſeſſor, licet ſemel exhibitum ſit, adhuc ſemel producere, ſi modo petens exhibitionem prius de calumnia juret *per d. L. fin. C. h. t. Trentac. d. tit. reſ. 9.*

Obſervandum autem, non omnem cancellationem vel raſuram falſum reddere inſtrumentum, ſed tunc demum, ſi in parte ſubſtantiali ſit, aut ea parte, ubi poſſet falſi crimen committi, nam tunc non ſtatim quidem falſum, ſed ſuſpectum redditur. *C. Ex literis. 3. X. h. t. & ibi Mynſ. Trentac. d. tit. reſol. 11. Umm. d. diſp. 17. n. fin.* Sed ſi non in parte ſubſtantiali, neque in poſſeſſorio nocet, nec petitorio *l. fin. C. de Edicto D. A. Toll.* Nec raſura vitiabit Inſtrumentum, ſi Notarius de hoc proteſtatus eſſet. *Menoch. lib. 2. A. Qu. caſ. 178. n. 42. Umm. d. l. Conſ. Maſcard. concl. 1261. & alii.* Ideo cautela eſt, ut Notarius in fine ſcripturæ exprimat, quod in tali linea erraverit, & deleverit aliquod verbum, vel ſuppleverit &c. *Menoch. l. 2. A. Q. caſu 187. n. 42. Maſcard. concl. 1261. n. 16. & ſeq.* 45 46

Denique notandum, quando Inſtrumentum publicum, aut etiam privatum recognitum in executivo Proceſſu pro impetranda executione ex ſtatuto producitur, non ſolere omnes exceptiones admitti, ſed eas tantum, quæ in continenti ſunt liquidabiles, de quo *Carpzov. part. 1. conſt. 8. paſſim.* vel quæ ex eodem Inſtrumento fluunt, ut Exceptio non ſecuti implementi, *Hartm. Piſtor. part. 4. q. 10. n. 13. & ſeqq. Carpz. d. conſt. 18. def. 18.* & omnes Exceptiones, quæ ex facie inſtrumenti apparent, ceu nullitatis exceptio. *Seraphin de priv. jur. priv. 31. n. 72. Nath. de juſtit. vulner. p. 2. tit. 2. c. 10. n. 8.* Inſtrumenta etiam recognita ſi ſint dubia & Oedipum requirant, aut Interpretem, in ſummario proceſſu non attenduntur, ſed ad ordinarium rejiciuntur. *Surdus conſ. 99. n. 7. Klock. vol. 2. conſ. 7. n. 23.* In Camera Spir. ſolent etiam ex inſtrumentis publicis mandata ſine clauſula dari, quod tamen tunc tantum fit, quando inſtrumentum continet prægnantes executivas clauſulas, ſeu guarentigionatas, ut vocant, quibus creditori parata executio conceditur, alias non, ut notat *Schwanmann. obſ. Cam. 131. & ſeq. & Nathen. d. cap. n. 7. &c.* & quando ſenſus inſtrumenti eſt manifeſtus, *Mev. p. 3. dec. 179. conf. Mindan. l. 2 de Mand. c. 70.* 47

CAPUT XX.

DE TESTIBUS.

SUMMARIA.

1. *Quinam non possint esse testes, & n. seqq*
7. *Hoc in specie tractatur, & n seqq.*
12. *In quibus casibus inhabiles testes admittantur, & n. seqq.*
35 *In dubio testis admittendus.*
36 *Testes a judice ipso, vel a Commissariis examinandi, & n seq*
38. *Oblatio articulorum cum Directorio.*
39 *An Judex omnes articulos admittere debet, & n seqq.*
42 *Ausi pars testem secum duxerit, hic sit suspectus.*
43. *Possunt coram Commissario etiam alii produci.*
44 *Commissio in originali ante Actum commissionis non est edenda.*
45 *Citationi testium an possit pœna inferri.*
46. *Citatio partis adversæ & n. seq.*
48. *Citationi inserenda nomina testium.*
49 *Articulorum copia communicanda.*
50 *An unica citatio sufficiat.*
51. *Dies examinis producenti communicandus.*
52 *Litera mutuæ compassus.*
53 *Quid si testis privilegia alleget.*
54 *Testis egregiæ personæ habenda ratio.*
55. *Actus ipse Examinis.*
56. *De Interrogatoriis.*
57. *Vinculum subjectionis nonnullis testibus solvendum.*
58. *Multitudo testium coercenda.*
59. *De compellendis testibus, & n. seqq.*
60 *De juramento.*
62 *Excusationes a juramento solent allegari, & n. 63.*
64. *Juramentum præcedere debet admonitio.*
65 *Eximitur aliquis a præstando juramento, vel per privilegium, vel per consensum partium.*
66. *Examen ipsum quomodo instituendum.*
67 *Singulis articulis & interrogatoriis omnes omnium testium responsiones subjiciendæ*
68. *Quo ordine ad interrogatoria & articulos examinari debeant*
69 *Quid si testis dicat, se nescire*
70. *Non admittenda responsio in scriptis.*
71. *Causa scientiæ semper addenda.*
72. *De tempore actus inquirendum.*
73. *Testis animosus reprimendus.*
74. *Responsiones cum articulis testi prælegenda, & quæ sit hujus utilitas.*
75. *An testis suum dictum possit corrigere?*
76. *Testium dicta, formalibus eorum verbis retentis, scribenda.*

77 *Quid si testis se referat ad antea dicta.*
78 *Absoluto examine, testi silentium imponendum*
79 *Conficiendus Rotulus.*
80 *Ante publicationem licet producenti alios testes producere.*
81 *De Reprobatione.*
82 *Publicatio qua.*
83. *Testes non admittuntur super iisdem, vel contrariis articulis.*
84 *Prioris regula exceptiones.*
85. *Examen anomalum ad perpetuam rei memoriam.*
86. *Quod a judice competente petendum.*
87. *Hujus causa.*
88. *Interlocutoria opus.*
89. *Publicatio hujus Examinis differenda.*
90. *Postea offerenda documenta.*
91. *De scripto probatorio, & n. seq.*
93. *De scripto reprobatorio.*
94. *Dicta testium contra producentem retorqueri solent.*
95. *Jure Noviss. singulis partibus unum scriptum conceditur.*

EXpeditior est via probandi per instrumenta, quam per testes, sed 1
illis deficientibus, ad testimonia confugiendum. Sed propositi
mei non est, de eo hic agere, quinam sint testes idonei & omni exce-
ptione majores, sed summarie tantum, quinam repellendi, qui admit-
tendi, hoc loco docebo, & secutus vestigia Ummii in certas classes di-
stribuam, cum quo conferri potest *Carpz. d. art. 5. & seqq.*
Et primo quidem dubium non est, pupillos, mutos & surdos, scili- 2
cet natura tales, cœcos, bannitos & infames plane repelli. Quidam ve- 3
ro contra certas personas testimonium ferre prohibentur, ut libertus
contra Patronum, inimicus contra inimicum, hæreticus vel Judæus
contra Christianum, Uxor contra maritum, Laicus contra Clericum,
Tutor vel Advocatus contra Pupillum vel Clientem. Alii respectu 4
eorum, pro quibus testimonium deponunt, non tam repelluntur,
quam minus idonei nec exceptione omni majores dicuntur, ut dome-
sticus pro Patrefamilias, Tutor pro pupillo, Legatarius pro herede,
debitor pro Creditore, Cedens pro Cessionario, Socius pro Socio,
Proxeneta pro Principali, Amicus pro Amico, Colonus pro Domino,
Consangvineus pro Consangvineo, frater pro fratre, si sint in Patris
potestate, aut bonorum communione, & cohabitatione, *Carpz. tit. 13.
art. 6. n. 44.* Affinis pro Affine. Alii in certis causis minus sunt ido- 5
nei, ut mulier in testamento, minor 20. annis in crimine probando,

Judices in causa, quam cognoverunt, cives in causa Universitatis, si causa sit singulorum, qui similem causam habent, *cap. 20. X. de test. Fa-*
6 *rin. qu. 6. n. 41. Mascard. conclus. 1364. n. 54.* Alii inviti non compelluntur, ut fratres, senes, milites, cognati, affines, sed de infamia notatis in specie quædam videamus, quamvis soleat distingui inter tales infamia juris & facti, & qui infamia juris notati, sunt iterum duplices:
7 1. qui plane sunt intestabiles, ut de publico crimine damnati, *l. 3. §. 5. h. t.* qui cum bestiis quæstus causa depugnarunt, *d. §. 5.* perjuri, qui pecuniam acceperunt, ut testarentur, & ob carmen famosum damnati, *l. 21. pr. h. t.* hi jure civili plane repelluntur, non vero 2. qui alias notati, multo minus simpliciter repelluntur infamia facti vel macula laborantes. Sed Jure Can. omnis testis infamis repellitur, licet nondum convictus, sed convinci possit. *c. 31. h. t. conf. Farin. q. 56. art. 1.* Jure civili etiam accusatus de crimine atrociori repellitur a testimonio in criminalibus, *l. 20. ff. d. t. fin. X. h. t.* quamvis alias nolint ex eventu de pondere testimonii judicandum. *Farin. q. 67. n. 177.* Si autem admissus testis criminosus, sententia ex ejus depositione lata non est nulla. *d. c. 31.*

8 Inimicus repellitur, si inimicitia capitalis, ac ex accusatione criminali orta, eaque in continenti probari possit; sed si ex lite civili orta inimicitia, non suspenditur examen, sed reservatur reo vel producto exceptio. *Nov. 90. cap. 7.* Et inimicitia capitalis etiam in criminibus exceptis, & quæ difficilis sunt probationis, repellit testem *Farin. q. 53. n. 5. & seqq.*

9 De Judæo dicit *Mascardus concl. 944. n. 6. & Crotus de Testibus p. 4. n. 9.* quod pro Christiano contra Christianum testis esse possit, sed refutatur hoc ex *C. Si hæreticus. C. 2. q. 7. Farin. q. 56. n. 219.*

10 Conjux pro conjuge non admittitur, nisi ad defensionem in criminalibus, sed si contra conjugem producatur, distingvitur inter Maritum & uxorem, ut ille possit, non hæc. *Far. q. 54. n. 219. Carpz. art. 6. n. 25.*

11 Laicus non admittitur contra Clericum, *c. 14. X. h. t.* ratio 1. est in reverentia debita & 2. in præsumpta inimicitia, quia fidelis Christi Minister non potest non displicere mundo, præsertim hoc seculo corruptissimo, *Farin. q. 61. n. 99. & seqq.* sed id apud nos observatur in criminalibus, nisi de odio Parochianorum constet.

Tutor

Tutor non potest esse testis contra pupillum, vel invitus non com- 12
pellitur, *arg. Nov. 90. c. 8.* & quidem durante maxime administratione, sed nec finita, si sint arcana domus, vel si interesse ejus versetur; nec pro ipso, finita tutela. *arg. l. 11. ff. fin. Farin. d. l. n. 273.*

Advocatus & Procurator in causa clientis ideo non admittitur, quia 13
interesse habet saltem honoris & laudis, habetque affectionem ad causam. *Carpz. tit. 13. n. 44.* Et sic nec compelli in specie potest, ut deponat contra clientem, ne secreta pandat. *Carpz. d. l. n. 38.*

Non dubitarem admittere Legatarium, per quem probanda ingra- 14
titudo exheredati filii, pro herede scripto, cum everso Testamento non permantur hodie legata, & sic non habeat interesse.

Debitoris pro creditore Testimonium non est omnino repellen- 15
dum, licet non sit omni exceptione majus, quia a suspicione subjectionis infirmatur, creditor vero a debitore productus, est omnino exceptione major, nisi aliunde interesse præsumatur. *Carpz. d. art. 5. n. 90. & seqq.*

Venditoris Testimonium pro emptore est invalidum, scilicet in 16
causa evictionis, quod limitant, nisi conventum, ut non possit conveniri de evictione præstanda, sed tamen & isto casu teneretur venditor ad restituendum pretium per *l. 11. §. fin. ff. de Act. Empt.* Ergo haberet interesse. Donator autem pro donatario depositurus admittitur. *Farin. q. 60. illat. 11. & 12.*

Cedens pro cessionario esse potest testis in aliis causis, sed non su- 17
per veritate aut bonitate nominis, vid. *Farin. d. q. 60. illat. 12.* sic nec socius, si in causa societatis deponat. *Carpz. d. tit. 13. art. 5. n. 96.* Nec admittitur proxeneta in illa causa, in qua officio suo defunctus est ob affectionem ad causam, nisi sit ab utraque parte approbatus. *Nov. 90. c. 8.*

Colonus in causa Domini prohibetur ob suspicionem subjectionis. 18
Eadem ratio magis in subditis stringit, licet moribus admittantur, remisso prius illis juramento ac fide subjectionis quoad hunc actum.

Judex etiam, causa finita, repellitur, quia habet saltem interesse ho- 19
noris, si sententia a se lata confirmetur, sed si de processu, & sic etiam de facto examinetur, admitti judicem vult *Carpz. d. art. 5. n. 65.* quod intelligo, nisi nullitas processus a parte allegetur, nam tunc judici non creditur, sed Actis.

20 Cives vel Rustici in causa Universitatis idonei non sunt, si utilitatem singulorum concernat, v.g. in jure pascendi, piscandi, &c. nisi negotium ex sua natura aliter probari non possit, aut in possessorio summario vel semel, nec contra Universitatem ut deponant, compelli possunt. *Carpz. d. art. 5. n. 85.*

21 Sed si in Causa aliqua inhabiles producantur testes, interdum repelli non debent, siquidem & inhabiles interdum admittendi, in sequentibus quidem casibus. *Primo* enim si factum sua natura sit difficilis probationis, admittuntur testes etiam inhabiles, v. g. furtum, adulterium, suppositus partus, dolus & simila. *Farin. qu. 62. n. 28. & seqq.* Quæ autem sint difficilis probationis, de eo *Menoch. lib. 1. A. Q. cas. 116.* quo etiam ea, quæ noctu patrantur, crimina pertinent, de quibus *Farin. d. qu. 62. limit. 2. n. 33. & seqq.* ubi tamen accuratius de causa scientiæ quærendus testis.

22 *Deinde* solent etiam inhabiles admitti, si veritas aliter haberi non possit, de quibus *Farinac. in tertia limit. n. 50. & seqq. Carpz. part. 1. const. 16. def. 54. & 64.* si scil. non ex accidenti, sed ex natura delicti, vel facti, loci, vel temporis, veritas aliter haberi nequeat. *Carpz. Pract. Crim. q. 114. n. 37.*

23 *Tertio* in criminibus enormibus & exceptis, *Far. d. qu. n. 12. & seqq.* ut in crimine Majestatis, aut Magiæ.

24 *Quarto* in defensione Rei in criminalibus probanda, *Farin d. q. 62. n. 90. & seqq. & qu. 54. n. 117. Carpz. Pr. Crim. qu. 115. n. 77.* modo alii testes contra reum non sint magis fide digni. Ideoque hoc intelligendum est, si testes pro reo & a reo producti non contradicant directo testibus contra reum productis magis idoneis, sed pro exceptione tantum probanda producantur, v. g. testes a fisci procuratore producti asserunt, Milonem occidisse Clodium, Milo cognatos suos producit, per quos velit probare, quod sit multis modis lacessitus: hoc testimonium illis non contrariatur, testes autem infames vel criminosi non admittuntur. *Farin. q. 72. limit. 5. n. 91. & seqq.*

25 *Quinto* in probanda consangvinitate ad impediendum matrimonium, *c. 3. X qui accusare matrim. Farinac. d. q. 62. n. 99. & seqq. & d. q. 54. n. 192. Carpz. part. 1. Const. 16. def. 49. Gabrielius de test. b. concl. 9.*

ad-

admittitur etiam frater in causa ætatis probanda vel causis matrimonialibus, imo & parentes, quia nemo certius de his deponet, *c.3.X. qui accusare matrimon. Farin. q.54. n.192 Carpz. p.1. Const. 16. def. 49. & in proc. d. tit. 13. art. 6. n. 8.* nisi matrimonium sit inæquale ratione ætatis, opum, potentiæ, dignitatis &c. *c.11.X. de Testibus. Gabrielius tit. de Testibus concl. 9. n. 10. conf. Menoch. l. 2. A. Q. casu 102. Enenkelius Baro de Privileg. Parentum Privileg. 17. n. 17.* Sed judex considerabit, an matris, vel patris testimonium producenti sit profuturum, vel necessarium, nam temere parentes juramento obstringere non debebit, per tradita *Mevii. part. 4. dec. 258.* Non male in genere diceretur: in omni casu, ubi agitur de peccato vitando, & ubi sine conscientiæ vulnere sententiæ pareri nequit, admittendum esse quemlibet testem.

Sexto in testibus ab utraque parte rogatis, & contractui scienter ad- 26
hibitis, si inhabilitati potuit renunciari; nam hos super contractu ab altera partium produci posse, dubium non est. *Farin. d. q. 62. n. 110. & seqq.* Aliud ergo, si altera pars ignorasset inhabilitatem, aut hi testes proprium interesse habeant, aut si a jure prohibeantur produci, ut excommunicati. *Vid. Farin. q. 62. l. 7.*

Septimo si pars inhabilem sciens sine protestatione admittat, nam 27
tunc admittitur ex tacito partium consensu, quando inhabilitati renunciare potuerunt. *Farinac. d. qu. 62. n. 176. & seqq.* Sed illa sententia dubia, quia 1. renunciatio juris sui ex silentio nunquam præsumitur. 2. forte posset alia causa esse silentii, v. g. ignorantia hujus cautelæ, vel quod notoriam putet esse inhabilitatem, vel quod ex responsione ad interrogatoria apparituram inhabilitatem speret, nec ex silentio tacitus consensus præsumi debet, & judex ipse debet arbitrari, quanta fides testi adhibenda, *l. 3. §. 1. h. t.* Si tamen testes inhabiles ex delicto 28
suo, judicem ex officio eos repellere posse, putat post alios *Farin. n. 190. Ruland. de Commissar. part. 2. lib. 2. cap. 4. n. 5.* sed contra *Carpzov. de Proc. tit. 13. art. 5. n. 11.*

Octavo in Processu Summario, scil. ratione probationis tali, ubi 29
levis probatio requiritur, ut in possessorio Summario, *Farin. d. q. n. 193. & seqq.* quando v. g. agitur de jure pascendi alicujus universitatis, cives possunt admitti in possessorio, vel si gesta in conventu

pro-

probanda, *Farin. q. 60. n. 475. & 478.* sed si Processus Summarius ratione ordinis & solennitatis tantum, regulariter plena probatio requiritur, ut supra dictum.

30 *Nono* si alius contra me, sciens inhabilitatem, produxerit inhabilem, ego contra illum eundem reproducere possum, nisi inhabilitas superveniat, *L. Si quis testibus. C. de testib. Farin. n. 211.* aut prius incognita, aut corruptio probata, vel reprobatio fiat ex speciali causa, quæ personam tantum Adversarii concernit. v. g. producit quis contra me meum contubernalem, ego reproduco eum contra eundem, hunc alter recte reprobabit, vid. *notata ad L. Si quis testibus. 17. C. de Testib.* nisi etiam ex causa singularitatis reprobetur. *Wammes. vol. 1. cons. 529. n. 29.*

31 *Decimo* si ideo producantur, ut aliquod indicium tantum faciant, vel præsumptionem, vel ut aliis probationibus aut testibus adminiculentur. *Farin. d. q. 62. n. 261. & seqq.*

32 *Undecimo* ubi defectus per numerum testium suppletur, *arg. L. 3. §. 2. ibi: numerus testium. ff. h. t. Farin. d. q. 62. num. 309. & seqq.* quot autem testes requirantur, de eo arbitrium suum judex interponet. *Farin. d. q. 62.*

33 *Duodecimo* vel per exuberantiam fidei contestis, *Farin. n. 328. & seqq.* modo non sit tanta inhabilitas, quæ testem in totum repellit, ut inimicitia capitalis, corruptio, infamia. *Farin. d. q. n. 34.*

34 *Decimo tertio* si ipse testis alias sit vitæ probatæ & valde honestæ. *Farin. q. 367. & passim.*

35 Si autem defectus aliquis testi opponatur, & petatur, ne ad testimonium dicendum admittatur, in dubio, nisi Leges ipsæ prohibeant, (ut si sit servus, vel inimicus capitalis. *Auth. Si testis. C. de testibus*,) Judex admittet testem, ne probatio pereat, salva tamen parti adversæ exceptione contra personas, & dicta testium, id quod in arbitrio Judicis consistit, *Menoch. lib. 2. A. Qu. casu 239. Mascard. concl. 695. Far. d. l. n. 350. & seqq.* præsertim, si probatio defectus non offeratur in continenti, sed altioris indaginis. *Farin. d. l. n. 358.* Formam præscribit *Ruland. de Commissar. part. 2. lib. 2. cap. 10. n. 1.* Man lasse die gethane Protestation und Exception auff seinen Werth beruhen / iedoch

Gegen-

Gegen-Anwalt seine Nothdurfft wider der Zeugen Person und Aussage unbenommen/ vel ita: Daß die producirte Zeugen zulässig/ es ist aber Beklagten/ was er wider eines und des andern Person oder Aussage einzuwenden hat/ nach Erforschung des Gezeugniß beyzubringen unbenommen.

Examen ipsum quod concernit, illud vel a Judice ipso instituitur, 36 vel, ut frequentius fieri solet, per Commissarios a parte producente testes petitos, vel ex officio, si partes judici hoc commiserant, vel interesse est publicum, interdum Notario judici id committitur, ut examinet testes. *Carpz. d. t. 13. art. 4. n. 36.* Sed Actor post litis contestationem negativam statim in secundo termino Commissarios petere debet per Recess. Imper. de Anno 1654. §. Dahero und wenn dasjenige/ &c. *ibi* Wenn dasjenige/ was Kläger vorbracht/ vom Beklagten negiret worden/ soll Kläger in dem darauff folgenden andern termin Commissarios zu ernennen/ und Commission zu bitten schuldig seyn: idque fit potissimum, quando testes non degunt in loco judicii, quamvis autem in Camera Spir. super commissione decernenda partes audiri soleant, id tamen ut protelandæ litis medium reprehendit *Mev. p. 3.* 37 *dec. 203.* Sane in criminalibus testes per Commissarios examinari non debent, sed ab ipso judice examinandi, cum, ubi majus periculum, ibi major sollicitudo esse debeat, & merum Imperium alias alii delegari non possit, nec ulla ejus pars substantialis per *Auth. Apud Eloquentissimum. C. de fid. Instrum. Ved. Ric. collect. decis. 228.* licet id limitent in absentia testium. *Mynf. Cent. 3. obs. 40. Menoch. lib. 2. A. Q. cas. 250. Tuschus conclus. 170. Trentac. de Testib. resol. 10. n. 12.* Secundum hanc Auth. etiam testes alibi degentes essent remittendi, sed quia remissiones testium non minus ac reorum potius sunt arbitrii, quam necessitatis nostro seculo, ideo hodie articuli criminales solent transmitti judicibus aliis *per artic. crim. q. 72. Const. crim. Dn. Richter. ad Auth, Apud Eloquentissimum. in fine. Farin. q. 77. n. 92.*

Examinis autem notentur 1. Antecedentia. 2. Examinis Actus ipse. 38 3. Consequentia. *Primum* inter antecedentia est, ut per testes probaturus, in termino probatorio offerat articulos cum denominatione testium & certa consignatione, super quibusnam unus vel alter testis

examinari debeat; quam *Directorium* vocant, sicut hoc passim in Ordinationibus Judiciorum habetur, & in foro etiam Saxonico, *Carpz. de Proc. tit. 13. art. 4. princ.* quæ offerenda judici, ut de admissibilitate articulorum cognoscere possit, & Commissarium, qui litis ignarus est, de eo certiorem facere. Et hoc Directorium etiam in Oculari Inspectione fieri potest, *Rulandus de Commissar. part. 3. l. 1. c. 6. n. 6.* & potest peti, ut articuli omnibus testibus prælegantur, licet respondere teneantur tantum ad quosdam ex tenore Directoru. Hocque Directorium producto communicandum, nam alias vix interrogatoria recte conficiet & poterit productus petere, ut testes a producente producendi etiam ad hunc vel illum articulum, super quibus producens noluit ipsos examinari, examinentur, quæ petitio instar productionis, vel reproductionis, vel reprobationis erit, salvis producenti ad hos articulos interrogatoriis.
39 *Secundo* Judex, visis articulis, debet perlegere, an ex libello & natura actionis deprompti sint, *Ord. Cam. part. 3. tit. 14.* & vel directo vel per indirectum quicquam ad præsentem causam faciant per tradita *Carpz. d. tit. 13. A. 4. n. 10. & seq.* Si quos vero impertinentes judicaverint, solent admittere judices omnes articulos cum clausula. *salvo jure imperti-*
40 *nentium.* Sed melius faceret judex, si tali clausula non uteretur, sed prius super impertinentibus ante examen cognosceret, ne tot sumptibus & laboribus partes vexentur, dum super impertinentibus testes examinantur, & postea discutitur, an pertinentes sint, sunt verba *Mynſ. Cent. 2. obſ. 90.* quæ laudat *Carpz. d. l. n. 22.* Sane hæc cognitio, an articuli pertinentes, vel non, facilius a judice, cui Acta nota, quam a Commissa-
41 riis fieri possunt, quibus id tribuit *Ruland. d. l. n. 6.* Sed si dubium sit, an admitti debeant, locum suum illa clausula invenit, *Carpz. d. art. 4. num 23. & seqq. Tertium est* Citatio testium, quæ vel a judice ipso fit, vel a Commissario, quia testis seipsum ingerens merito suspectus est, *arg. c. 2. X. de testibus. Mynsinger. Cent. 4. obſ. 3. Farinac. qu. 30. per tot. Ruland. d. lib. cap. 2. num. 1.* & quidem Magistratus Superior subditum mediatum ipse citare potest, aliorum jurisdictioni subjectos per literas subsidiales, *Berlich. part. 1. concl. 42. num. 6. Rauchbar. part. 1. quæst. 13. Carpzov. tit. 13. art. 4. numer. 55. & seqq.* de quo puncto in plerisque Ordinationibus dispositum, idque ad casum, quo

quo civitas privilegium de non provocando habet, extendit *Me-
vius part. 3. dec. 151.* Sed quid si pars testes secum adduxerit, quæritur, 42
an hi non citati a judice vel Commissario examinandi? Et negare hoc
nititur *Ruland. d. c. 2.* quia videtur suspectus testis, quod se ingerat. Sed
ratio hæc negatur, quia non statim suspectus est, nec dici potest se in-
gessisse, licet, parte petente, ad dicendam veritatem partem sequatur,
nec, si exinde suspicio aliqualis oriatur, propterea examen omitti de-
bet, & regula est, quod præsens citandus non sit, quæ regula maxime
in teste militat, non in reo, & ita sentiunt *Mynsing. Cent. 6. obs. 16. Umm.
disp. 16. n. 17.* & multis hoc probans, & contrariis respondens *Mevius
part. 5. dec. 303.* Sed quid si pars a Commissario petat, ut præter eos te- 43
stes, qui in mandato nominati, etiam alii citentur, an Commissarius
etiam illos citare possit? Quod videtur affirmandum, quia facultas no-
minandi testes eo usque conceditur, donec Rotulus in Camera pro-
ducatur, *Ruland. de Commiss. d. c. 2. n. 10. & seqq.* ubi ita id observari
dicit. Nec opus est Commissionem in Originali, vel in copia testibus 44
communicare, sed etiam in ipso Actu communicari sufficit. *Ruland.
d. c. 2. in fin.* Quamvis autem *Ruland.* Commissarium moneat, ne pri- 45
mæ citationi testium pœnam inserat, nisi terminus probatorius valde
brevis, utilis tamen est Constitutio, quæ etiam ad lites abbrevi-
andas facit, ut primæ citationi testium inseratur pœna, sicut
salutariter constitutum in Ordinatione Pomeranica tit. von Com-
missarien und Vorstellung der Zeugen/ &c. *ibi.* Geben wir ihnen hier-
mit Macht/ daß sie allezeit das Gegentheil und die Zeugen nach Grösse
der Sachen bey Pœn. 10. 20. 30. fl. für sich bescheiden/ und da sie unge-
horsamlich aussenbleiben/ sie zum andernmahl in zwiefacher Straffe
citiren/ und Uns ihren Ungehorsam vermelden/ daß wir durch unsern
Fiscal die bedräuete und verwürckte Straffe von ihnen einzufordern
haben; quamvis pœnali partis ipsius ad examen citatione opus esse
non putem; sat enim pœnæ est, quod parte emanente, testes in
contumaciam examinentur, *Auth. Sed si quis ab aliquo. C. de testib.
Ruland. l. 2. cap. 8.* & ita Processus non proteletur.

Quartum est Citatio partis Adversæ, contra quam testes pro- 46
ducuntur, adeo, ut alias examen sit nullum per *L. Si quando. C. h. tit.*

quamvis in nonnullis casibus exceptionem merito statuant, ut si generalis Inquisitio instituatur, vel si periculum sit in mora, ut probatio possit intercidere, si pars citetur, propter mortem, vel diuturnam absentiam, aut alias ob causas, de quibus exceptionibus fuse *Mascard. concl. 683. a n. 15. usque ad fin. & Farin. q. 27. c. 2. a n. 10. usque ad fin.* quamvis nonnullæ limitationes, ut quando de consvetudine probanda agitur, item, si testis, omni exceptione major, item de arbitris, merito displiceant *Rulando de Commissar. d. l. 2. cap. 3. n. 1.* In causa criminali citatio etiam captivi requiritur. *Far. q. 72. n. 108. & 196. & seq.*
47 Causæ autem citationis sunt *1.* ut videat produci testes & jurare. 2. Ut possit exlubere interrogatoria. 3. Ut possit præsentare Adjunctum Commissarium, vel etiam Notarium. 4. Ut possit contra personas testium opponere, *Ruland. d. c. 3. n. 3. & seqq.* quorum duo priores fines etiam Citationi inseri solent, & interdum etiam tertius. Admittitur tamen testis non citata parte, quando super habilitate personæ alicujus testes exaudiuntur. *Far. q. 72. n. 51.* Item, quando probandus esset casus, qui in longinquis terris contigit, *l. 1. C. de Naufrag. Far. n. 53.* quia de damno vitando agitur. Item quando in civilibus mors esset probanda, *Far. n. 63.* &, si consensus partium adsit, tunc creditur testi etiam sine alterius partis citatione, vel si pars esset alioquin præsens, *Far. n. 75.* nisi prætendat pars interrogatoriorum confectionem ita sibi præcidi.
48 *Crottus de Testibus n. 246. & seqq.* Citationi inseri debent nomina testium, quod quamvis apud nonnullos controversum, rationi tamen juris consonum est, cum interrogantis munus non tam ex qualitate probandorum, quam ex qualitate testium perficiatur, *Scacc. l. 1. de judic. cap. 100. n. 22. Hillig. ad Don. l. 23. cap. 6. lit. D.* & id apud nos dubium non habet, postquam in Recessu *Visitat. Ao. 1579.* §. Wann auch solches &c. *ibi:* Auch Nahmen der Zeugen zu fertigen. *Ruland. d. c. 3. n. 12.* præ-
49 scriptum. Communicandum etiam est Exemplum articulorum parti adversæ, ut ad eos Interrogatoria sua dirigere possit, ideo observavi, in aliquibus Ordinationibus Judiciorum haberi, duo exemplaria articulorum offerenda judici esse, primum quod examinator retinet, &
50 alterum, quod parti adversæ transmittitur. Unicam autem Citationem sufficere ad hoc, ut absente parte adversa, testes examinentur in con-

Google

contumaciam, ſi modo cauſa citationis ſcil. productio teſtium expreſſe citationi inſerta, tradit *Ruland. d. l. n. 16.* ubi & hoc tradit, ſufficere eam ad domum factam: Nullum enim hic damnum irreparabile, cum poſſit iisdem teſtibus uti quoad articulos reprobatorios, vel ſi excuſationem habeat, poteſt petere, ut ad interrogatoria denuo examinentur teſtes, & exceptiones contra perſonas & dicta teſtium ipſi ſalvæ ſint. Sed ſi productus ſe excuſet, ſolet alius terminus aſſignari & examen 51 differri. *Quintum eſt*, ut diem examinis producenti parti ſignificet judex in forma Memorialis, vel etiam citanda, ut poſſit producere teſtes ſemel nominatos vel plures. *Ruland. d. cap. n. 13.* *Sexto* Interdum 52 rogandus Magiſtratus loci, ubi examen inſtituendum, ut curiam, vel alium locum publicum ad examen ſibi concedat, vel ut teſtes, ſi Judicis Juriſdictioni ſubjecti non ſint, ſiſtat, *Ruland. d. l. n. 15.* quo caſu literæ mutui compaſſus dantur ad judicem loci, ſub quo teſtes degunt, quarum forma in Moguntina, Colonienſi, aliisque Ordinationibus exprimitur, quæ literæ etiam in genere ac forma patente dari poſſunt ad judicem quemcunque, ſi ſub diverſis Magiſtratibus teſtes degant, ut in Ord. Wurtembergenſi tit. 13. Sed in criminalibus teſtes ad confrontationem præciſe compellendi per Nov. 90. c. 5. Sed & in his aliud mores obſervant, *Mev. p. 4. dec. 259. n. 4.* in civilibus vero eſt arbitrii, niſi Superior evocet, conf. *Matt. Coler. de proc. execut. l. 3. c. 7. n. 36.* Evocationes enim a ſuperioribus fieri poſſunt, *Rauchbar. p. 1. q. 13. Berlich. p. 1. concl. 11. n. 12. Matth. Steph. de jurisd. lib. 2. p. 1. c. 7. n. 381.* ſed non a partibus, *vid. Mev. d. dec. 259.* etiam a Commiſſariis Cameræ Spir. *Gail. l. 1. obſ. 98. n. 2.* Sed ubi magna diſtantia locorum, ſumptus teſtibus exhibendi. *Septimo* cum teſtes ſoleant ſe excuſare, & privile- 53 gium allegare, cur inviti ad teſtimonium dicendum compelli non poſſint, ideo tunc, ſi hoc privilegium probatum, adquieſcendum erit; ſed ſi pars producens alleget, veritatem aliter haberi non poſſe, hocque in ſpecie paulisper demonſtraverit, teſtem, non obſtante exceptione, denuo citet examinator, per ea, quæ tradit *Ruland. d. l. 2. c. 4. n. 8. & ſeq. Octavo* cum teſtes allegant dignitatem & beneficium *Leg. Ad perſonas egregias. 25. ff. de jurej.* hoc etiam obſervandum, ut circa 54 Nobiles immediatos vel in dignitate conſtitutos illud judex obſervet,

in cæteris non, quos tamen separatim & citari, & juramento adstringi æquum est, de quo pluribus *Ruland. d. part. 2. c. 5. n. 7. & seq.* quando enim testes disparis sexus sunt, vel conditionis, ut alius nobilis, alius ignobilis, alius clericus, alius laicus, vel si testes magno numero producantur, ut catervatim adesse, & in cœtu jurare non expediat, potest fieri separatio. *Mev. part. 4. dec. 264.*

55 In ipso actu Examinis 1. Commissarius mandatum commissionis partibus & testibus a producente productis communicabit, Producens, gratiis actis pro commissione impetrata, & suscepta, producere se ait testes, aliorum examen autem sibi reservat, petitque, ut testes de perjurio vitando moneantur, & juramento obstringantur, ad articulos examinentur, nec non ad interrogatoria, contra impertinentia protestando. Formulam habet *Fibig. in Proc. p. 132. obs. & c. 25.* Pars illa, contra quam producti testes sunt, adjungere solet vel Commissarium, vel Notarium, vel etiam utrumque. 3. Offerri solent a parte Adversa Interrogatotia, quæ si non offerantur, potest Commissarius ex officio interrogatoria formare, *C. Cum causam. 37. X. de Testib.* ut (1) qualis sit ætatis. (2) An producenti consangvinitatis, vel affinitatis vinculo sit conjunctus. (3) An aliquid, ut pro ipso deponeret, dederit, vel promiserit. (4) An a partibus, vel alio instructus fuerit. (5) An cum contestibus de eo locutus sit, quid testari velint. (6.) An aliquod lucrum, vel damnum ex causa hac, vel testimonio sperare aut metuere possit. (7) An unam partem potius mallet vincere. (8) An sit in banno Imperii. Et hæc mandantur judicibus in *Ordin. Juliacensi tit. 26. Solmensi tit. 28. Francofurt. ad Mœnum. tit. 34. Monasteriens. Judicii aulici tit. 18 & Provincialis tit. 9.* Sicut & hoc in plerisque Judiciorum Ordinationibus expressum, ut in singulis articulis causa scientiæ quæratur.

56 Interrogatoria sunt triplicia 1. *personalia*, 2. *generalia vel præliminaria ad causam*, 3. *specialia ad articulos*; sunt autem vel licita vel non, hæc vel indecora, turpitudinem respondentis continentia, vel impertinentia, vel captiosa. Impertinentia sunt, quæ non concernunt statum quæstionis, v. g. ubi quæritur de jure venandi, Advocatus interrogatoria vellet facere de mero & mixto imperio. *Ruland. p. 4. de Commiss. lib. 1. cap. 12. n. 11.* Captiosa sunt, ad quæ

Google

quæ nec affirmando, nec negando tuto responderi potest. Si ergo
a parte offerantur interrogatoria, videndum 1. An sint criminosa,
nam talia sub pœna prohibentur, nec super iis testis examinandus jux-
ta noviss. Constit. Imperii § Es sollen aber keine Interrogatoria crimi-
nosa, & quæ turpitudinem respondentis continent, bey Straff nach Er-
mäßigung gesetzet / weniger der Zeuge darüber examiniret und gefraget
werden/ ut vitetur perjurium &c. Sed de criminibus contestium inter-
rogari possunt a contrario sensu, nec stringunt rationes *Rulandi p. 4. l.
1. c. 17. in fin. & Umm. d. l. 16. n. 67.* & admissa fatetur *Ruland. d. l.* 2. An
captiosa, quæ judex resolvere debet, ut testis sine fraude, sine amphi-
bolia respondere possit. 3. An sint talia interrogatoria, quæ captum te-
stium excedunt, ut si testis rusticus de forestali jurisdictione interro-
getur, & hæc si admittantur, debent accurate explicari Testi, si vero
sint juris, omittendi. 4. An sint impertinentia, quæ ex officio rejiciet,
in dubio vero admittet, in quantum de jure admitti debent. *Ruland.
d. l. 2. c. 10. n. 3. & l. 1. c. 12. Berlich. decis. 16. Tessaur. decis. 261. Borell. part.
2. decis. tit. 17. n. 28. & seqq.* Rejicienda sunt ea interrogatoria, quæ
pro diris & execrationibus adducuntur, ob er bey der Seelen Seligkeit/
ob so gewiß / als er das höllische Feuer vermeiden wolle / ob dafern ihn der
Teuffel nicht holen solte / es also wahr sagen könte / vide rationes apud
Mevium p. 4. dec. 276. Si testes producentis &c. vel alterius juris- 57
dictioni subjecti, his vel a parte, vel ab ipso judice, aut Commis-
sario vinculum subjectionis relaxandum est pro hac vice. *c. 38. X. b.
t. Ruland. part 2. cap. 9. n. 4. & part. 1. lib. 5. c. 11. per totum.* Sed relaxa-
tio vinculi etiam in aliis causis fieri potest & debet, ut si Consiliarii
in causa Principis sui constituantur Judices, *Ordin. Cam. pr. tit. 4.* &
Visitatores a juramento relaxantur, *Rec. Imper. de anno 1559.* §. Und
nachdem, & ad Relaxationem speciale mandatum requiritur. *Ru-
land. p. 1. lib. 5. cap. 11. n. 8.* Multitudo testium refrenanda *per cap. 37. &
52. X. b. t. Farin. de testib. q. 80. num. 114.* quod tamen tunc ipsi ex- 58
aminatori faciendum non est, quando judex certos testes nomina-
tos examinare jubet, quia cum judex satis circumstantias causæ
ponderasse videatur, sine præjudicio superiori hunc numerum
non deminuet. *Ruland. d. l. 2. cap. 10. n. 5.* Quod autem admittendi,

non

non determinatum. *l. 1. §. fin. h. t.* Jure Can. quadraginta admittuntur. *c. 37. X. h. t.* Sed melius dicitur, quod examinator secundum conditionem causæ arbitrari debeat, & si aliquos repulerit, si tamen per admissos articulos causa non probetur, repulsi admittendi sunt, *Ruland. d. l. n. 18.* vel non prius repellat, nisi videat per examinatos abunde esse
59 probatam intentionem producentis. *Farin. q. 80. n. 10.* Si perlectis nominibus testium, appareat, quosdam testes emansisse, vel plane in scriptis se excusasse, & munus hoc detrectasse, debent compelli mandatis
60 pœnalibus. *L. 4. & 5. ff. h. t.* Licet autem Jus Canon. in criminalibus testes compelli non posse tradat, *c. 10. X. h. t.* nisi veritas aliter haberi non possit, *c. 5. d. t.* hoc tamen discrimen hodie non observatur, teste *Mascard. q. 5. n. 47.* Quomodo autem contra contumaces per pœnalia mandata, & postea per citationem ad videndum se incidisse in pœnam comminatam declarari, aut allegandum causas &c. procedatur, de, co *vid. Ruland. d. l. 2. cap. 7. per tot.* quamvis apud nos de contumacia testium ad judicem referre soleat examinator, nisi forte mandato vel Commissoriali hæc clausula insita, Ob sich etliche sperren oder wiedern/ in was Schein dasselbe geschehe/ &c. bey ziemlicher pœn der Rechten/ dazu halten und zwingen/ &c. quæ clausula in Camera Spirensi addi solet. Non tamen cogendi, qui jure cogi prohibentur. Imo ne audiuntur quidem Sacerdotes de revelatis in foro pœnitentiali. *c. 13. X. de excess. Prælat. Gail. l. 1. obs. 100. n. 8. Far. q. 51. n. 93. Me-*
61 *noch casu 180.* Excipiuntur duo casus 1. quando delictum est committendum, nam ibi non esset Ecclesiastica Confessio. 2. Quando, si nihil de eo revelaretur, innocens de vita periclitaretur, ubi tamen revelatio debet esse impersonalis. conf. *Farin. d. q. b. l. n. 103. Menoch. dicto casu 180. n. 21. Ant. Gabriel. lib. 7. tit. de Maleficiis concl. ult.* Judex vel Commissarius a præsentibus testibus juramentum testium exiget, quod est de substantia testimonii *per L. Jurisjurandi. 9. C. h. t. & c. 39. & 51. X. h. t.* adeo ut ante depositionem id fieri necesse sit, *d. L. 9.* 1. quia hæc forma præscripta. 2. testis spe remittendi juramenti posset animosius deponere, & post depositionem potius juramentum esset purgationis ob propriam personam præstitum, *Dom. ad d. l. 9. n. 5. & lib. 25. c. ult. lit. Q.* nisi in continenti post depositionem juret, ut de stylo

Google

ſtylo Cameræ teſtatur *Ruland. d. l. 2. cap. 12. n. 15. & ſeqq. Tiraq. de retract. convent. §. 1. gl. 5. n. 8. & Maſcard. concl. 1369. n. 11. Gail. l. 1. obſ. 161. n. 9.* alias vero opus eſt repetitione teſtium jurata, etiam publicatis atteſtationibus, *Hartm. Piſt. lib. 1. qu. 43 Ruland. d. cap. 12. n. 6. in fin.* etiam ſi cauſa ſit Summaria, & procedendum ſola facti veritate inſpecta, nam & hic juramentum exigendum. *Menoch. de A. J. Q. l. 8. qu. 26. n. 1. & 2. Maſcard. d. concl. n. 5. & ſeq. Ruland. d. lib. 2. cap. 11. n. 1.* Sed in generali inquiſitione ſuper delictis, & in poſſeſſorio ſummario, in quo tamen diſſentit *Finckelthauſ. obſ. 32* & ſuper fama ſolet juramentum remitti, item gravidis ſolet remitti. *Vid. Farin. qu. 74. n. 102. obſ. & n. 106. Carpz. tit. 13. art. 4. n. 67.* & Sacerdotibus, ſi utraque pars conſentiat. *Carpz. d. l. 27. & dec. 77. Finckelthauſ. obſ. 95.* Quamvis autem 62 teſtes excuſare ſe a juramento ſoleant 1. quod ſemel in cauſa in prima Inſtantia juramentum præſtiterint. 2. Quod juxta conſvetudinem loci teſtes non ſoleant compelli ad juramentum, ſed injuratis credatur, præſertim nobilibus & illuſtribus. 3. Se juraſſe, ſe non revelaturos ſecreta. 4. Se in officii ſui exordio præſtitiſſe juramentum, & ſub illius fide etiam hoc caſu ſe veritatem dicturos. 5. Si petant, ſe admitti, ut promittant manu data veritatem ſe dicturos loco juramenti an Eydesſtatt. 6. Principes ſolent petere, ut ſub fide Principis audiantur, bey ihren Fürſtlichen Glauben/ꝛc. Sed nullam harum exceptionum ad- 63 mittendam eſſe, adductis pro & contra rationibus evincit *Ruland. d. c. 11.* præſertim de juramento non revelandorum ſecretorum, *vid. c. 18. & c. 43. de teſtib.* ex quibus colligo, hoc juramentum continere peccatum, ſcilicet ſuppreſſionem veritatis, *C. Quisquis. cauſ. 11. qu. 3. Gail. l. 1. obſ. 100. n. 4. & ſeq. Mynſ. Cent. 2. obſ. 78. Far. qu. 78. n. 151.* & ideo abſolutionem, quam requirit *c. fin. X. de teſtib. compell.* merito vanam vocat *Maſc. q. 45. n. 55.* Circa quartam excuſationem notandum tamen, ſi in criminalibus, vel civilibus Medici, aut Chirurgi teſtimonium petatur, & hi juramentum ab initio officii ſui præſtiterint, non ſolere eos ad juramentum compelli, per ea, quæ allegat *Matth. Steph. ad art. 147. Conſtit. Crim. & Finckelth obſ. 61. n. 32.* licet alias jure communi non ſint excuſandi a juramento veritatis in re ſenſu perceptibili, vel credulitatis, quando res per Rationem colligenda *per L. Hac edictali.*

64 §. *His illud. C. de sec. nupt. Farin. d. l. n. 99.* Juramentum autem præcedat seria admonitio, ne temere jurent, & DEUM ultorem provocent, cum testis perjurus obnoxius sit DEO, quem contemnit, judici, quem decepit, innocenti, quem lædit. *d. C. Quicquis. Ruland. d. c. 12. n. 11. &*
65 *seqq.* Privilegio autem aliquem a juramenti præstatione eximi posse, si scil. persona illustris sit, exemplis Nobilitatis Austriacæ, Bohemicæ, Bavaricæ testatur *Gail. lib. 1. obs. 110. n. 14.* & in Svecia in Proceribus id receptum legi. Interdum in litibus inter Aulicos creditur juramento Principi ab Illustribus semel præstito. *Gail. d. l. n. 15.* A partibus etiam remitti posse testibus juramentum, & ideo solere testes rogare eum, contra quem producuntur, ut sibi remittatur, experientia docet, modo ne agatur de peccato, vel negotio tali, ubi partes non possunt remittere quicquam, v. g. in negotio matrimoniali, quando scilicet de solvendo matrimonio agitur, vel in causa criminali, vel de præjudicio publico agitur, vel periculo animarum. *Far. d. l. n. 89. & seqq. Setser. d. c. 9 n. 38.* Sic nec Procuratores, nec Administratores, aut Officiales hoc juramentum remittere possunt. *Mev. p. 4. dec. 76.* Nec Pastores in causa concernente officium suum, & successores, vel Ecclesiam. *Mev. d. dec. 76.* Et semel remissum juramentum, publicatis attestatis, hoc a parte exigi nequit, sed judex ex officio deferre potest. *Mev. p. 5. dec. 243.* Et testis ad interrogatoria non examinatus, ad eadem examinandus, si juramentum ad interroganda præstitum, denuo jurare non tenetur. *Hartm. Pist. p. 1. q. 21. Setser. de juram. l. 3. c. 1. n. 12. Gail. d. obs. 101. Far.*
66 *q. 93. Mynf. Cent. 3. obs. 80.* Post præstitum juramentum ad Examen ipsum examinator progredietur, quod clam partibus institui debet, licet jure civili secus putent. *Cujac. ad Nov. 90. in fine & ibi Matth. Steph. Don. L. 25. c. ult. Ant. Matth. ad l. 48. ff. tit. 15. c. 4. n. 9.* & incipere debet ab illis testibus, qui longissime absunt, atque a senibus, qui optimam negotii præsumuntur habere notitiam, singulosque testes juramenti sui admonebit, & singulos examinabit seorsim, & quantum quidem fieri potest jejunos, aut modice pransos, & fieri poterit in termino constituto, adeo, ut in casu necessitatis etiam die feriata continuare examen possit, sacris peractis, etiam noctu, sicut hæc omnia explicatius ponit *Ruland. d. lib. 2. c. 13. Far. q. 8. n. 56. Umm. d. 7. th. 41. & d. 16. th. 44.*

Et

Et cum saluberrima pro examinatione testium constitutio in Recess. 67
Imper. de Anno 1654. in §. Im übrigen verbleibet es/ &c. promulgata sic his verbis: Sollen aber die geordnete Commissarii, nach deme sie die Zeugen auff alle Articul und interrogatoria ihrer Ordnung nach gehöret/ ihren rotulum oder relationes über der Zeugen Aussage mit Zuthuung des Adjuncti oder Notarii jedesmahl dergestalt abfassen/ daß nach einem jeden Beweiß Articul aller und jeden Zeugen Aussage in ihrer Ordnung mit den Worten/ wie jeder Zeuge geredet/ also gleich ordentlich subnectiret/ und wann also dem ersten Articul aller und jeder Zeugen Sage untersetzet worden/ folgends der ander Articul wiederum voran/ und abermahl demselben aller und jeden Zeugen depositiones wörtlich und ordentlich untergestellet/ auch in solcher Ordnung durch alle Articul/ wie auch bey den Interrogatoriis verfahren werde/ damit der Richter aller Zeugen Sage auff einen jeden Articul allezeit unter Augen haben könne/ und des sonsten nothwendigen vielfältigen Uffsuchen oder mühesamen contrahirens überhoben bleibe; ideo consulto faciet examinator, si describi curet interrogatoria, & articulos, & quidem singula spacio relicto pro numero testium, ut singulorum testium dicta statim articulo subjiciantur, & singulis articulis specialia interrogatoria ad illos directa subnectantur, nam sic facile apparebit, quid probatum sit, nec opus erit hac de re Advocatorum disputationes audire vel legere, & judices operoso labore extrahendi attestata sublevabuntur. Unde meminit *Carpz. d. art. 4. n. 48.* hoc modo & sub ista conditione responsum esse, wenn auff einen jedweden Articul aller Zeugen Aussagen conjunctim und nach einander verzeichnet. Atque id etiam in Elector. Brandenb. Ordinatione Camerali constitutum, ut mirer, multos Notarios, an ex ignorantia, an vero ex desidia hoc fiat, id non observare, Porro Examina- 68
tor primo super Interrogatoriis generalibus, super articulis, & post singulos articulos super interrogatoriis examinabit, & si articulus est obscurior, vel a teste non recte intelligatur, aut si bimembris, vel trimembris, sigillatim hæc testibus explicabit, & ex testibus quæret, an intelligant, & repetendo præleget &c. *Ruland. d. l. cap. 14. n. 2. & seqq.* ubi tamen *n. 12.* monet, ut caveat, ne testes instruat, & quid testari debeant, in favorem unius vel alterius partis suggerat, nam suggestio-

nes in examinatione testium ubique vitandæ, v. g. non debet, indefi-
nite existente interrogatorio, wie weit Titius Cajum verfolget/ Exami-
69 nator suggerere: *an usque ad ædes Caji.* Quod si testis respondeat, se
nescire, vel oblitum esse, responsioni huic non acquiescat examina-
tor; sed, si probabilis ignorantia non sit, vel oblivio, urgeat testem, si
sciat, & tamen respondeat, se nescire, falsariis esse adnumerandum,
Far. q. 67. n. 223. Ruland. d. l. 2. c. 17. n. 5. & seqq. nisi vero similis sit ob-
livio, ut propter lapsum biennii, vel prolixioris temporis, vel si con-
cernat articulus factum alienum, cujus facilior oblivio, quam proprii,
vel factum non sit adeo egregium, vel notabile, quæ omnia pluribus
persequitur *d. c. 17. n. 7. & seq.* Si autem testis dicat, se non posse de-
ponere, nisi res, vel persona Rei vel Producti exhibeatur, si possit, ex-
70 hibenda erit, *ut in fin. d. c. 17.* monet *Ruland.* Et ideo non admittet re-
sponsionem in scriptis. *C. Testes. caus. 3. q. 9. Mev. parte 5. dec. 12.* qua
videtur præmeditato scribere, nec apparet vultus, nec judex quærere
potest, & præsentia judicis a mendacio abstinebit, nec in dignitate con-
stituti viri excipiuntur, *Far. q. 80. n. 50. Umm. d. l. n. 75. Covarr. l. 2. re-
sol. 13. n. 6. Umm. disp. 16. n. 75.* neque obscuram admittet, cum paria
sint nihil respondere, vel obscure, *L. De ætate. 11. §. Nihil. 7. ff. de in-
terrog. act.* neque dubiam, ut per verbum, *Credo*, vel *mihi videtur*, nisi
tale negotium sit, quod in se est obscurum, & intellectu potius, quam
sensu comprehendi potest, & res difficilis probationis, aut si consve-
tudo probanda, aut ubi de auditu quis debet deponere. *Far. q. 68. sect. 2.*
71 *n. 62. & seqq. Umm. d. l. n. 81. Ruland. c. 18. & seqq.* In singulis articulis,
nisi interrogatoria formata, super causa vel ratione vel de ratione dicti,
cur hoc sciat, inquirendum est ab examinatore, adeo, ut si hoc negli-
gat, ad interesse parti teneatur, & denuo examinare debeat. *L. Solam
testationem 3. C. de testib. Far. qu. 70. n. 2. & seqq. Rul. d. l. 2. c. 22.* Quam-
vis testis etiam non interrogatus debeat rationem dicti sui allegare,
præsertim quando deponit super negotio, quod potius intellectu,
quam sensu percipitur, v. g. jurisdictione, vel territorio, vel quando
præsumptio est contra testem, quod non viderit, vel ubi super negati-
va deponit, vel de statu, qualitate, fama personæ, vel super consvetu-
dine. *Far. qu. 20. c. 1.* Si autem de ratione dicti interrogatus, nullam
red-

Google

reddere queat, depositio est nulla. Debet autem ratio reddi per sen-
sum corporeum, aptum illi rei, de qua deponit. *Far. d. q. 70. n. 127. Masc.*
concl. 1376. n. 5. & 36. Umm. d. disp. 16. n. 81. Sicut etiam dictum testis a
ratione pendet, & per illam restringitur, ampliatur, & declaratur.
Masc. d. concl. 1376. n. 58. & seqq. Far. qu 70. n. 8. & seqq. Klock. vol. 1.
cons. 29. n. 314. & seqq. Si testis deponat de actu aliquo, debet examina- 72
tor inquirere de tempore, quo id factum, præsertim si factum hoc tem-
pore noceret parti, altero vero tempore non noceret, & ideo eo casu
testis specifice de tempore non deponens, non probat. *C. Cum Johan-*
nes. X. de fide instrum. Klock. d. cons. 20. n. 528. Ut si de stupro deponat,
quærendus est de tempore, quia commissum a marito est gravius pu-
niendum, quam a viduo. Testis si celeriter, vel animose nimis, vel tu- 73
tubanter loquatur, ab Examinatore monendus est, ut juramenti præ-
stiti memor, veritati tantum consona loquatur, &, si corrigere se nolit,
in ipso rotulo notari debet, de quo *Ruland. d. l. 2. c. 23. & 24.* Animose
autem tunc deponit, quando extra articulos vagatur, *c. 29. X. de testib.*
nisi 1. veritatem in tota causa se dicturum juraverit, aut 2. quod depo-
nit, sit de connexis dependentibus & accessoriis articuli. *Vid. Far. d. q.*
70. n. 13. & 20. Testi attestata finito examine prælegenda, ut constantia 74
ipsius testis appareat, *Umm. d. disp. 16. n. 85.* & si aliquis error ab ipso
commissus, ut is corrigi possit, & ut etiam conferantur scripta ab Exa-
minatore, & Notario, & ideo hoc in nonnullis Ordinationibus, ut
Moguntina, & Coloniensi, Pomeranica, aliisque, Examinatori diserte
injunctum, & a Practicis hinc inde monitum reperi, ut *Ruland. d. C.*
l. 2. c. 28. n. 1. & aliis. Hujus prælectionis hic est effectus, ut testis, dum 75
prælegi audit attestata, se in uno vel altero corrigere possit, nam cor-
rectionem in continenti fieri posse, non vero ex intervallo, tradit *C.*
Preterea. 7. X. de testibus cog. & ibi Canis. & Dd. nisi causam erroris
probabiliter doceat. *Far. q. 66. n. 227. & n. 241. & seq. Covarr. l. 2. resol.*
c. 13. Rul. d. l. 2. c. 27. Damboud. Praxi civil. c. 166. Umm. d. n. 58. In con-
tinenti autem plerique hoc loco ita intelligunt, ut id fiat, antequam a
judice recedat, *Far. n. 229.* Imo antequam cum parte collocutus sit,
Far. n. 232. Damboud. n. 26. Hartm. obs. Pr. 20. tit. 18. Rul. d. l. n. 5. quod
reditur asserenti sub fide juramenti præstiti. *Far. d. q. 66. n. 236. Umm.*

d. l. n. 85. Quamvis vero hoc casu utramque depositionem & primam & correctam ab Examinatore scribendam esse putet *Rul. c. 17. in fin.* periculosa tamen hæc Practica est, tum quod erronea prima ipso jure nulla & per subsequentem sit abolita, tum quod ita materia disputandi partibus præbeatur. Sed si ex intervallo fiat correctio, concederem, utramque scribi debere. Potest etiam prælectionis hæc esse utilitas, ut, si aliqua obscuritas, vel putativa contrarietas, restis interrogari possit, quomodo hoc intelligat, & quomodo hoc vel illud conciliari possit, cum etiam postquam semel dimissi, ob apparentem aliquam obscuritatem iterum examinari possint, *c. 53. X. de testib. Far. qu. 68. Berl. part. 1. concl. 40. n. 14. & seq. Rul. d. l. 2. c. 30.* adeo, ut novo juramento opus non sit, *Gail. l. 1. obs. 101. in fin. Rulandus d. c. 30. n. 8.* cum declarans ni-
76 hil novi addat. *l. 23. §. 1. de Testam.* Curandum erit Examinatori, ut testium dicta iisdem verbis scribat, quibus usus est testis. *Rul. d. l. 2. c. 28.*
77 *Umm. d. disp. 16. n. 84.* Quamvis autem, si idem testis ad sequentes articulos examinatus se referat ad depositionem in prioribus articulis factam, & ita Examinator scribere possit, ut ad præcedentem ab his tamen verbis relativis abstinebit examinator in aliorum testium depositionibus, v. g. non scribet: testis secundus ad articulum primum deposuit, ut primus, cum non facile fieri possit sine suspicione, ut testes plane iisdem verbis utantur, & hoc usum habere testatur *Ruland. d. cap. 28. num. 7. & seqq.* Si tamen restis peregrino idiomate loquatur, utile esset, si fieri posset, ut duos interpretes juratos adhibeat, quamvis plerumque tantum unicus adhiberi
78 soleat. Absoluto Examine testi silentium debet imponi, ne ante publicationem depositiones addiscantur, & ex ejus dicto alii testes adducendi subornentur. *Speculat. l. 1. part. 4. de testib. §. 4. n. 2. Rul. d.*
79 *l. cap. 29. n. 2.* Demum conficiendus est Rotulus, cui inserendum (1.) Mandatum (2.) Citatio partium & testium (3.) Productio. (4.) Juramentum, & (5.) articuli, atque interrogatoria singula, cum depositionibus testium subjectis (6.) Tempus & locus examinis *Rul. c. 32. & ult.* Et licet plures sint Commissarii, tamen non nisi unicus tantum rotulus faciendus est. Et si singuli Commissarii diversas confecerint relationes, hæ tamen remittuntur cum mandato seu decreto, ut se conjungant,

Digitized by Google

gant, & unum rotulum conficiant, *Mev. p. 2. dec. 266.* quo processu au-
tem dissonæ relationes in consonantiam redigi possint, tradit *idem Me-
vius part. 2. dec. 126.* Cura Rotuli conficiendi potissimum ad Commis-
sarios pertinet, *Ruland. de Commiss. p. 1. l. 5. cap. fin.* licet mandata et-
iam ad Notarios morosos dirigi queant. *Mev. part. 2. dec. 220.* Quando
attestata nondum sunt publicata, licitum est producenti alios testes
producere, & suam intentionem probare. *Carpz. part. 1. Const. 21. def. 2.*
Sed post tertiam productionem quarta productio concedenda non 80
est, quia præsumitur, quod didicerit attestata, *Auth. At qui semel. C. de
prob. c. 15. & c. 36. & c. pen. X. h. tit.* nisi juraverit, se non didicisse atte-
stata, & dolose se nihil petere, nam tunc quarta datur productio *per
d. Auth. Don. l. 25 cap. ultim. Gilken. in d. Auth.* Sic & parti adversæ re-
probatio permittitur eadem methodo instituenda, sicut in probatione
dictum, quæ quidem contra personas & dicta testium non admittitur,
nisi desuper prius protestata fuerit *per c. 21. X. de testib.* Id tamen in Ca- 81
mer. Spir. non observatur, sed indistincte integra est parti adversæ.
Gail. l. 1. obs. 87. n. 5. & obs. 105. n. 17. Camill. Borell. l. 2. decis. tit. 15. n. 22.
Contra reprobatorios testes primus producens alios testes reprobato-
rios producere potest, quibus legalitatem suorum testium defendit, &
reprobationi alterius contradicet, sed ultra nemo auditur, *c. 49. X. h. t.
Speculat. l. 1. part. 4. tit. de testib. §. 10. n. 5.* quamvis instrumenta pro-
duci possint. *Berl. part. 1. dec. 50. n. 8.* Per Reprobationem autem 1. in-
telligi potest probatio directo contrariæ intentionis, præsertim in ju-
diciis duplicibus, sed & in aliis judiciis. Et hæc non debet fieri, nisi non-
dum publicatis attestatis prioribus. *Nov. 9. c. 2. Clem. 2. de Testib.* 2. Potest
per eam intelligi probatio Exceptionis Rei, & hæc etiam publicatis at-
testatis Actoris fieri potest, cum non sit directo contraria, id est con-
tradictorie opposita. Alia Reprobatio personarum & dictorum testi-
um. Et hæc non potest fieri, nisi publicatis, & lectis depositionibus.

Examen sequens actus est Attestatorum publicatio, quæ duplex, alia 82
Pronunciativa, qua judex, citatione partium ad publicanda attestata
facta, interloquitur, se attestata publicare: alia Insinuativa, qua in no-
titiam partium veniunt. *Tusch. concl. 295. lit. T.* Publicatione autem fa- 83
cta, si scilicet in notitiam partium attestata venerint, novi testes super

iis-

iisdem articulis, vel directo contrariis examinari non debent, propter periculum subornationis, *Novell. 90. c. 4. clem. 2. de testib.* ubi etiam id ad instantiam appellationis extenditur, *Carpz. part. 1. const. 2. def. 2. Far. q. 79. c. 4. n. 75.* etiam in causa summaria, quia ibi etiam militat timor subornationis, *Far. d. l. n. 83.* & idem, si nondum publicata, sed pars aliunde notitiam attestatorum habuerit, per *Nov. 90. c. 4. vers. Si vero producens. Far. d. q. n. 86. & seqq.* adeo, ut hoc casu, nisi suspicio sit, partem didicisse attestata, juramento purgationis locus sit. *Carpz. part. 1. Const. 16. def. 34.* Ex quo patet, a contrario sensu, super novis articulis & capitulis, quando hæc non sunt inclusa in primis, nec ab iis dependent, omnino esse licitam productionem testium, *c. 19. h. t. Far. d. l. n. 78. & 82.* ut ad exceptionem, vel replicationem fundandam examinentur, quia antea non potuit eam probare, *Don. l. 25. cap. ult. lit. B. & Far. d. l. n. 248.* vel si negativam indirecte per absentiam velit probare. *L. Optimam. 14. C. de contr. stipul. Far. d. l. n. 139.* Exemplum indirectæ contrarietatis est apud *Modest. Pistor. part. 3. q. 105.*

84 Sed sunt etiam casus, in quibus super iisdem, vel contrariis articulis novi testes examinari possunt, ut si 1. antea testes nulliter, vel præcipitanter examinati, nam hi pro non examinatis habentur, argumento a contrario sensu ducto *ex d. Clement. Far. d. l. n. 98. & n. 358. & seqq. Tuschus concl. 29. n. 94. lit. T. Hartm. Pist. part. 1. q. 43. Mev. p. 3. dec. 314.* 2. Si versemur in diversis judiciis, adeo ut exceptio rei judicatæ non obstet in alio, v. g. si prius summariissimum possessorium, postea Ordinarium instituatur, *Far. d. l. n. 107.* Aliud tamen in secunda Instantia. 3. Quando sententia non transit in rem judicatam, ut possit semper impugnari, nam tunc semper novi testes possunt produci, v. g. in criminalibus & matrimonialibus non tantum, quando contra matrimonium, sed & pro matrimonio agitur, *Wammes. v. 1. cons. 104. n. 4. & cons. 112.* & iis causis, ubi expertorum testimonio sententia fertur, de quo *Far. n. 122. & seqq.* 4. Quando testes dixerunt, se ignorare. *Nellus de testibus part. 4. n. 27.* 5. Nisi pars altera sibi ante examen reservasset exceptiones suas contra personas & dicta testium, nam tunc testes contrarios eam producere posse, & testes falsitatis convincere, ex generalitate rationis in *c. 49. X. h. t.* tradit *Panorm. ib. n. 2. Felin. ib. & Berlich.*

Digitized by Google

Berlich. part. 1. dec. 50. n. 3. quod tamen *Farin.* de indirecte contrariis intelligit *n. 245.* 6. Nisi testis prius obscure deposuisset. *Farin. n. 229. Tusch. concl. 226.* & *d. concl. 204. n. 55. & 86. lit. T. Carpz. part. 1. Const. 16. def. 37.* 7. Quando reprobanda essent reprobatoriorum dicta pro probanda priori probatione. *Farin. n. 155. Borell. d. l. n. 11.* 8. Nisi detur restitutio in integrum *Borell. n. 24.* 9. Ubicunque ocularis inspectio ponitur, nam hæc nunquam exclusa. 10. Si publicatio facta nulliter, festinanter, ad impediendam partem adversam. *Farin. q. 75. c. 11.* 11. Si testes producendi novi fuerint, antea captivi & absentes, *Mev. part. 3. dec. 347.* per restitutionem ex clausula generali. *Dornsperger de Probat. l. 1. c. 11. n. 2.* 12. Tertius interveniens potest novos testes producere. *Berlich p. 1. conclus. 40. n. 16.* 13. Si actor sibi reservasset examen super additionalibus & judex per præcipitantiam publicasset attestata. *Mevius p. 3. dec. 345.* 14. Si publice intersit, veritatem eorum, quæ sub lite sunt, detegi. *Mevius p. 3. dec 345.* 15. Si attestata publicata quidem, sed nondum didicit. *Mevius. p. 2. dec. 348.* Alias limitationes plures habet *Farin. d. c. 4. & Ruland. part. 1. l. 6. c. 2.* quæ tamen vel sub regula non continentur, vel ad has possunt revocari. *Conf. Berlich. part. 1. concl. 30. 32. & seqq.*

Interdum vero petitur testium Examen anomalum, scilicet *ad perpetuam memoriam,* quando periculum est mortis, vel diuturnæ absentiæ testis, quod conceditur ante litem contestatam, imo etiam motam, Reo quidem indistincte ante litem contestatam, etiamsi causam nullam alleget, quia in ipsius potestate non est agere, quando vult. *Cap. 41. & c. 43. X. h. t.* Sed hæc ratio cessat 1. in eo casu, quando Reus in judicium vocatus, vel de proximo lis speratur, aut si actor se offerat, se in continenti agere velle. *Farin. q. 76. n. 74. Ruland. l. 1. c. 5. n. 10. & seq.* 2. Quando exceptionem habet, quam per modum actionis in judicium deducere valet, licet contrarium in ultimo casu Doctoribus communiter placuisse tradat *Ruland. d. c. 3. n. 8. Conf. Mod. Pistor. part. 1. q. 39. n. 16.* Actori vero non permittitur, nisi 1. probaverit ætatem testis decrepitam, absentiam diuturnam, aut morbum. *C. Quoniam frequenter. X. Ut lite non contest. Carpzov. d. const. 16. def. 35.* 2. Se retrahi impedimento juris vel facti, quo minus agat. *Borell. lib. 2. tit. 8. num. 8.* Talia impedimenta possunt esse, si in diem, vel conditionale sit de- 85

bitum, vel actio proponi non possit, nisi ocularis inspectio præcesserit, *Ruland. d. c. 3. n. 13.* licet etiam favor causæ spiritualis, vel matrimonialis possit admittere probationem ante litem contestatam, etiam ex parte Actoris, de quibus causis strictim agit *Ruland. d. lib. 1. cap. 11.* Si tamen valetudinaria & extraordinaria hæc testium examinatio petatur in præjudicium appellationis, aut restitutionis, non est indulgenda, de quo *Wammes. vol. 1. consil. 105. per totum.*

86 Petendum autem hoc Examen a judice, qui futurus est Actionis Judex competens, *Schrader. de Feud. part. 2. partis primæ princ. n. 111. Ruland. d. l. 1. cap. 2. num. 4.* nisi periculum sit in mora, & Judex competens tam cito reperiri non possit, aut de fori competentia, vel de devolutione causæ appellationis adhuc disputetur, Nam tunc judicem incompetentem quemcunque adiri posse, post alios tradit *Ruland. d. lib. 1. cap 2. n. 10. & seqq. Mevius. p. 4. dec. 160.* Et petendum tantum in causa civili, non criminali *per d. cap. Quoniam frequenter.* nisi super crimine criminaliter ac civiliter agi possit, *Mevius p. 4. dec. 238.* & in crimine probando evidentiores probationes requirantur, *Gail. l. 1. obs. 92. num. 13. Farin. q. 76. n. 114. Carpzov. tit. 13. art. 7. num. 5.* nisi reus velit innocentiam suam probare, *Farin. d. l. n. 115. Carpz. n. 10.* vel nisi Judex pro sui informatione testes velit examinare, *Cothm. vol. 3. cons. 30. n. 153. Carpz. n. 13.* & demum quando de crimine civiliter agitur. *Farin. d. l. n. 115.*

87 Causa autem petendi hoc Examen sunt 1. Senium testium, quod arbitrio judicis communiter committitur. *Menoch. lib. 2. casu 59. de quo Ruland d. l. c. 6.* 2. Locus vel tempus contagiosum. *d. c. Quoniam frequenter. Ruland. d. cap. 6.* 3. Morbus, per dictum textum, de quo *Ruland. d. lib. 1. cap. 8.* 4. Diuturna absentia. *Farinac q. 75. n. 82. & seqq. Ruland. cap. 4.* Metum oblivionis autem nunquam justam causam esse petendi hujus examinis, vult *Ruland. d. l. cap. 10.* Causa autem, etiamsi unica sit, sufficit. *Ruland d. l. cap. 12.* Debet tamen summarie (ut opinor) probari, de quo *Ruland. d. c. 12.*

88 Interlocutoriam requiri tradit *H. Pistor. d. l. n. 6.* saltem tacitam, quando committitur Examen Commissario. *Menoch. lib. 2. præs. 54. n. ult. Ruland. d. l. c. 14.*

Pub-

Digitized by Google

Publicatio autem attestatorum differenda post litem contesta- 89
tam, ne alteri via præcludatur, alios testes producendi, *Hartm. Pistor. d. l. n. 8.* & perpetuo valet, *Gail. l. 1. obs. 94. Hartman. Pistor. l. 1. q. 39. n. 21. Carpz. d. tit. 13. art. ult. n. 3.* nec ad unius instantiam publicatio hujus examinis decernenda est, licet lis per transactionem sopita sit, nisi etiam altera pars audiatur, quia ipsius interesse potest. *Mev. ius p. 2. dec. 70.* Vid. plura apud *Rulandum. d. l. Unm. disp. 16. Borell. T. 2. dec. tit. 8. Trentac. lib. 2. resol. 8. de testib. Carpz. de Proc. tit. 13. art. ult. n. 54.*

Facta etiam publicatione testium sive eorum, qui post litem 90
contestatam, sive eorum, qui ante examinati sunt, debet producens simul documenta & jura omnia, quibus suam intentionem probare nititur, offerre, & Copias simul parti adversæ communicare *per Rec. noviss.* §. Nach Erscheinung / &c.

Deinum post publicationem solet is, qui testes produxit, of- 91
ferre intra certum spatium statuto definitum, vel a judice definiendum, scriptum probatorium hac ratione, ut repetat articulos, & a quibus testibus hic vel ille articulus assertus sit, prolixe referat; Sed cum hodie debeant singulis articulis, & interrogatoriis conjunctim subjici omnium testium depositiones, adeo, ut judex ipse, qui articulus probatus sit, vel non, primo intuitu videre possit, supersedere pars potest hoc labore, cum hæc ratio consignandi depositiones, non tantum in Recess. Imp. Noviss. mandata, sed & hanc rationem Actuariis sæpe injunctam a Scabinis referat *Dn. Carpz. de Proc. tit. 13. art. 4. n. 47. & seq.* his formalibus. Wann nun die Zeugen endlich abgehöret/und auff jedweden Articul oder Aussage conjunctim und nach einander verzeichnet / also daß es keiner ferneren Extrahierung bedürffte / &c.

Sed illud non improbo, si Advocatus requisita Actionis colligat, 92
& quomodo singula requisita probata sint per depositiones ad hunc vel illum articulum brevibus demonstret, ut judex, qui eam methodum, scil. requisita Actionis colligendo, observare in referendo solet, melius instruatur, & eo accuratius relatio Actorum instituatur, & ita recte: hanc formam disputationis commendat *Ruland. d. part. 1. l. 6. c. 3. in fin.* ubi verba hæc formalia allegat: Die Probation-Schrifften nach einem jeden Articul (gehende) sind eitel nugæ und unnütz

Geschwächt. Cui addo hanc rationem evidentem, quod posset fieri, ut omnes articuli essent probati, & propter defectum unius requisiti Actionis tamen contra Actorem ferenda sit sententia. Si autem testis contra Producentem deposuerit, licet personam testis impugnare vel personæ quid opponere non possit, dicta tamen testis refutare potest per alios contestes, vel documenta, vel dicere, quod in hac circumstantia testis sit singularis &c. *Vid. notata ad L. Si testibus 17. C.h.t. Natta cons.31. n.3. Wammes. vol.1. cons.553. num.7.*

93 Pars etiam adversa solet in scripto contrario vel oppugnare testium personas, vel examinis formam, vel dictorum fidem, ut quod sint varia, contraria, obscura, dubia, heterogenea, de quibus *Farin. quæst.64. & seq. Wesenb. in π. ff. h.t. fin. Umm. d. disp. th.11. & 14.* quod etiam in processu summario fieri potest, quia in hac impugnatione personarum & dictorum testium defensio rei consistit, *Carpz. tit. 15. art.1. n.8.* ubi *n.13.* formulam habet decreti. Sed hoc non justum dicit, nisi necessarium, & in arbitrio judicis situm tradit *Mev. p.3. dec.132.* Et in inquisitionibus debet hoc concedi inquisitis, aut judex ipse inquiret in personas, aut dicta testium, si inquisitus nolit. Et id faciunt boni & æqui judices, qui nolunt sanguinis humani injuste fusi rei esse.

94 Solent etiam Adversarii ex attestatis intentionem ipsam Actoris impugnare, ut quando ex Responsionibus ad Interrogatoria exceptio Rei simul probari potest, vel requisita Actionis præsentis conferri solent cum articulis, & ostendere actionem per attestata non esse probatam. His sæpe adhibentur cavillationes, detortiones, fictiones, mendacia, & quæ non, ut eludantur probationes. Et cum hac in parte sæpe modus excedatur multitudine scriptorum, ideo in Recess. Deputat. Anno 1600. §. Nachdem in dem/ &c. placuit, ut singulæ partes bina tantum scripta inferrent probato-
95 ria, vel Disputatoria. In Novissimo Recessu placuit, ut singulis partibus unum tantum scriptum concedatur, in §. Und demnach mehrentheil / &c. Und demnach mehrentheil bey des Richters Ermessen stehet / was und wie viel den abgehörten Zeugen / oder deren Aussagen zu glauben / und aber hierüber offtmahl viel überflüssige Wechselschrifften den Deputations-Abschieden zu wieder / nur zur

Ver-

Verlängerung des Processus einkommen/so wollen und meinen wir hiermit ernstlich/daß die Partheyen auff die publicirte Attestationes in zweyen/ also eine jede Parthey in einer Schrifft eigentlich beschliessen sollen/ nemlich/ wann die Beweisung gerichtlich einbracht/ daß der Antworter dargegen/ in der dazu enthaltenen Zeit in quinto termino, so nach Grösse Rotuls mit Attestationen oder sonsten nach Gelegenheit der Sachen zu ermessen/ von dem Tage an zu rechnen/ als ihm die Copie obberührter einbrachter Beweisung aus der Kammer-Gerichts-Cantzeley/ auff sein fleißiges Anhalten behändiget worden/ seine Einrede/ Exception und Auszüge/ und in denselbem OMNIA zu produciren schuldig seyn solle. Ebenmäßig auff solche des Antworters Exception-Schrifft und übriges Einbringen/ der Kläger in folgenden sechsten Termin in hierzu bestimmter oder erbetener Zeit/ sub præjudicio præclusionis viæ, seine Replic und Gegen-Schrifft/ auch schrifftliche Beschliessung produciren/ und sie also beyderseits in diesem Termin schrifft- und mündlich zu beschliessen verbunden seyn/ jedoch mit Vorbehalt des Richterlichen arbitrii und dessen Erkäntniß/ ob nach bewandten Sachen dem Kläger oder Beklagten der letzte Satz zuverstatten/ rc. Ex allegato §. colligitur, 1. non nisi unam positionem uni parti permitti, licet jure Saxonico uni duas scripturas, ut producto exceptionem & duplicam, producenti vero replicam & triplicam concedant. 2. Terminum scripti primi esse arbitrarium pro magnitudine Rotuli, & gravitate causæ. 3. Exceptionem primo loco proponi a producto. 4. Terminum currere ab ea hora, qua tradita instanti producto copia attestatorum. Et idem jure Saxon. 5. Productum in hac Exceptione *omnia* adducere sub pœna preclusi, sed jure Saxonico habet salvam duplicam. 6. Idem incumbere producenti in triplica. 7. Postea debere concludi, nisi ex gravi causa velit judex reum ad duplicam, & producentem ad triplicam admittere. Si autem & productus produxerit pro sua intentione testes, tunc putarem, utrique parti in eodem termino exhibitionem suæ exceptionis incumbere, & in sequenti termino utrumque suam replicam exhibere debere. Quod si autem sibi contradicant testes vere, ob Dignitatem & virtutes uni creditur magis, quam alteri. Si autem apparenter contradicant sibi invicem, concilianda, de quo *Farin. q. 63. c. 3. & c. 4.*

CAPUT XXI.

DE CONFESSIONE.

SUMMARIA.

1. *Quid & quotuplex Confessio.*
2. *Quæ judicialis.*
3. *An judicialis requirat sententiam.*
4. *Quis effectus extrajudicialis confessionis.*
5. *Confessio qualificata separari nequit.*
6. *Nisi contineat diversa capitula.*
7. *Confessio tertio non præjudicat, ubi exempla & limitationes.*
8. *Confessio quomodo retractanda, & n 10*
9. *Confessio erronea.*

1 Liquidissima est probatio Adversarii Confessio, *Knichen. in Encyclopæd. c. 2. n. 1. seqq.* & est ejus, quod ab Adversario intenditur, adseveratio, *Umm. disp. 13. th. 8. n. 35. Parthen. litig. l. 1. c. 2. n. 8.* Et parit executionem, si reus monitorio jussus fatendo respondeat, *Carpz. tit. 1 de proc. art. 3. n. 32.* & confessus ad appellandum non admittitur, *l. 2 quorum appellat. non recipiuntur.* Et est duplex, Judicialis & Ex-
2 trajudicialis; item Vera vel Ficta. Item alia explicita, alia implicita per relationem ad aliquod instrumentum. *Wammes. cons. 94. n. 1. & cons. 491. n 4.* Judicialis requirit partium præsentiam per *L. Certum. 6. § 3. ff. de Confess. Misc. concl. 347.* Sed hoc locum non habet, si confessio fiat in scriptis, in libello, positionibus, vel exceptionibus, quia hæc confessio in scriptis deliberato animo facta esse præsumitur. *Menoch. lib. 2. præsumpt. 6. Misc. d. concl. 348. n. 16. Ant. Gabriel. in commun. concl. tit.*
3 *de Confessis, concl. 1. n. 59.* Et hæc judicialis confessio plene probat *per L. un. C. de Confess.* ubi cum dicatur, confessum pro judicato habendum esse, nata est quæstio: An confessio post se requirat Sententiam? Et verissima est sententia, si confessio sequatur post litem contestatam, utique opus esse sententia; secus esse ante litem contestatam, & de hoc ultimo casu intelligendos esse textus *in L. 1. & 4. ff. de confess.* De illo casu *L. 3. & 5. ff. h. t. Br. & Castr. in L. un. C. h. t. Trentac. resol. 2. de confess. n. 28. & seq. Conf. Donell. L. 28. c. 1.* Sed in criminalibus indistincte opus est, ut confessionem sequatur sententia, cum in iis nemo ad pœnam teneatur, nisi condemnatus sit, *Bachov. in Trentl. vol. 2. d. 23. thes. 5.*

th.5. lit. B. Zæs. n. 14. sed in civilibus, si ante litem contestatam fateatur, præceptum judicis & assignatio termini fieri debet. *l. 6. in fin. h. t.*

Extrajudicialis autem confessio plene non probat, sed semiplene, 4
quod probant *ex cap. ult. post princ. X. de Success. ab intest. l. 58. §. ult. ff. de Ædil. Edicto. Masc. concl. 348. n. 7. Trentac. d. l. in fin.* nisi fuerit geminata, *Menoch. l. 2. præs. 61.* & utraque Confessio duobus testibus probetur, tum enim æquipollet plenæ, *Wammes. vol. 1. cons. 98. n. 16.* nisi etiam fuerit alia semiplena probatione, vel juramento partis suppletorio firmata, *Carpz. tit. 13. art. 3. n. 10.* aut si altera parte, cui confessio deliberato facta est, præsente, & acceptante, *Dn. Zieglerus ad jus Can. l. 3. tit. 14. §. 2.* ubi licet sit obligatoria, plene probat, si autem sit liberatoria, etiam absente altera parte, plene probat, ut tradunt per *L. Tale pactum. 40. ff. de pact. de quo Trentac. l. 2. tit. de confess. concl. 2. n. 9. & seqq. Guttiretz. l. 1. de juram. confirm. c. 54. n. 7. Masc. concl. 346. Carpz. part. 1. const. 16. def. 21. Vivius decisione 191.* licet de ultimo dubitare liceat. Nam *d. l. 40.* loquitur tantum de eo, quod liberatio per pactum facta valeat sine causa, sed inde non probatur, quod absenti, non acceptanti facta sit valida, nam sic esset donatio non accepta. *Conf. Zæs. ad tit. de confess. in ff. n. 36.* Absente tandem altera parte edita confessio, saltem semiplene probat, si ab aliquo nomine absentis acceptata, & postea ab absente ratihabita, *Zæs. d. l. n. 4. Wammes. d. cons. 94. n. fin.* ubi de Notario.

Confessio autem qualificata seu annexam qualitatem habens non 5
potest pro parte acceptari, pro parte repudiari, ut ab Advocatis communiter fieri consvevit, *Tiraq. de retract. convent. §. fin. n. 9. Menoch. l. 2. A. Q. casu 93. n. 21. Trentac. d. resol. 2. n. 19. Hartm. Pist. part. 4. q. 16. n. 1.* quæ tamen regula limitatur. 1. Si qualitas illa, vel conditio, vel circumstantia ex intervallo addita & confessio semel pure sine qualitate fuisset facta, *Hartm. Pist. d. l. n. 3. Klock. cons. 39. n. 131. Vol. 2.* aut 2. quando contra illam qualitatem militat præsumptio juris, *C. Cum venissent. X. de instit. H. Pist. d. l. n. 8. Gail. l. 2. obs. 106. n. 7. Klock. d. cons. n. 133. Trentac. d. l.* aut 3. altera pars falsitatem qualitatis probare velit. *Hartm. Pist. d. l. n. 7. Trentac. n. 21. Menoch. d. l. n. 37. Klock. d. l. n. 135. Conf. Barbos. Axiomat. l. 3. c. 44. axiom. 3.* 4. Si diversas circumstantias

con-

concernat, *Marsil. sing. 185. Barbos. l. 3. c. 44. axiom 3.* imo *Mev. part. 1. dec. 123.* tradit, confessionem qualificatam non ideo esse irritam, quod de qualitate non constet, sed ea directa, dum non probatur, reliquum quod continet, habetur verum, ut si quis dicat, se esse heredem cum
6 beneficio inventarii, & de hoc non constet. Sed si confessio contineat diversa capitula, tunc pro parte potest acceptari, ut si fateor me ex mutuo tibi obligatum, sed te ex alio capite mihi esse obligatum contendo, *Hartm. Pist. d. q. 17. n. 5. Trentac. d. l. c. 22.* modo illa capitula diversa non sint cohærentia, & non dividua, v. g. si quis fateatur sponsalia conditionalia. *Conf. Wammes. vol. 1. cons. 101. n. 8. & cons. 319. & cons. 528. n. 11. Card. Tuschus concl. 673. n. 2. lit. C.* Sed solent quidam Practici aliorum confessiones qualificatas non tantum, sed sæpe etiam ea, quæ conditionaliter posita sunt, pro confessionibus sæpius calumniose acceptare, quod impune facere non debebant. Quando vero de parte quis fatetur, hæc confessio dividi & executio peti potest. *L. Quidam existimaverunt. 21. ff. de Rebus cred.*

7 Interdum etiam confessiones alicujus contra tertium adducuntur, quasi illi præjudicarent, sed male, cum certa sit Regula Juris, confessionem alterius alteri non præjudicare. *L. 28. ff. ad SCtum Vellej. Masc. concl. 386. Berlich. part. 1. dec. 39.* Et sic debitoris confessio non nocet aliis Creditoribus, *Masc. concl. 372.* nec cedentis cessionario, *Masc. concl. 137. Klock. vol. 2. consil. 50. n. 52.* nec confessio unius heredis præjudicat aliis coheredibus, *l. 75. §. 5. ff. de Oblig.* ergo nec unius recognitio. *Carpz. tit. 5. art. 2. n. 47.* Nec confessio unius correi nocet correis, nisi ad effectum interrumpendæ præscriptionis. *l. fin. C. de duobus reis.* Nec confessio socii criminis nocet alteri. *Card. Tuschus concl. 684. lit. C.* Nec procuratoris confessio facta ante litem contestatam nocet domino, bene tamen quando dominus litis factus. Confessio tutoris pupillo non præjudicat, nec Prælati Ecclesiæ. *Menoch. cons. 39. n. 37. Tuschus concl. 660. lit. C.* Confessio debitoris non nocet fidejussori ad augendam obligationem, *Tuschus concl. 662. n. 12.* præsertim si pauper sit. Nec confessio Authoris nocet successori, nisi præcessit jus successoris. *L. 3. ff. de pign. Act. Tuschus concl. 663.* Sed limitatur hæc regula 1. nisi confessio eidem prosit: sic confessio solutionis

Google

tionis a Creditore facta fidejussori, nocet debitori. *Mascard. concl. 373.* 2. Nisi quis habeat administrationem alienorum negotiorum liberam ab homine, *L. 58. de Procur. Vivius dec. 384. n. 8. & seq.* secus si a Lege, ut tutor, *L. 46. §. 5. de administr. tut.* nisi coactus id faciat. *L. Certum §. 4. ff. de Confess. & ibi. Zas. n. 2. & seqq. Surdus. dec. 229. n. 24.* Eadem ratio administratorum civitatis. *Klock. Vol. 1. cons. 51. n. 197.* Confessio mariti pro uxore suspecta est. *Mev. p. 3. dec. 14.*

Confessio autem multis modis solet impugnari, quod non 8
probet, v. g. Si confessus ille sit, qui habuit mandatum agendi, sed ine libera, nec litis Dominus, *L. 25. §. 1. ad L. Aquil. L. 3. §. 1. quod quisque juris &c.* nec qui per se actum libere non potest expedire, *Surdus Cons. 5. n. 42. l. 1. Klock. cons. 51. n. 199.* 2. Si minor sit confessus, ubi, læsio probetur, parata restitutio. *Dd. in L. 9. §. 4. ff. de jurejur & ibi. Zas. n. 20. Oddus. de Restitut. q. 65. Art. 8. Ordinat. Pomeran. tit.* von Gerichtlichem Bekäntnüß. 3. Si error doceatur, id est, rem aliter se habere, *per L. Error. C. de ignor. jur. & fact. Mascard. conclus. 378. Tuschus concl. 49. n. 20. lit. C. & concl. 319. lit. E.* modo error sit probabilis in facto alieno, aut proprio antiquo tamen. *Tusch. concl. 694. n. 11. Klock. d. cons. 51.*
195. Sed & error sine probatione erroris in continenti allegari potest, 9
Gabriel. de Confess. concl. 6. & error potest allegari, & probari etiam post conclusionem *per. d. L. Error. Trentac. d. resol. n. 58. Hilliger. l. 20. c. 2. lit. O.* Sed quando confessio gratia transactionis facta ad evitandam pœnam inficiationis, non potest revocari, quia proprie non est error, *4. ff. de Confess. Phidilla in l. 7. n. 28. C. de juris & facti ignor.* sed non post rem judicatam. *Tusch. d. concl. 649. n. 75. & seq. Mascard. in proœm. qu. 7. Trentac. d. tit. resol. 1.* Sic nec confessio nocet, quando contra confessionem judicatum *Marsil. sing. 257. Rulandus a Valle cons. 31. n. 23. Vol. 3. Surdus cons. 423. n. 23.* Et sic nec confessio nocebit contra præscriptionem absolutam, *Panorm. in C. Si vigilanti X. de præscr. Covar. in c. possess. p. 3. §. 2. num. 1.* nisi scilicet mala fides ex confessione præsumatur, quæ præscriptionem annullat, nec confessioni contra Matrimonium credendum temere. *Dn. Zieglerus in Instit. jur. can. 2. tit. 13. §. ult. 4.* Solet objici, confessionem incidenter, & 10
o fine esse factam, quo casu non videtur sibi confessus velle præ-

Judicare. *Surd. conf. 423. n. 24 & conf. 135. n. 119. Klock. vol. 1. conf. 51. n. 196. & conf. 8. n. 116. &c.* Nec nocet confessio, si in alia causa sit facta. *Mev. p. 4. dec. 401.* Nec relativa probat, nisi constet de relato. *Mev. d. l.* Sic confessio dubia in favorem confitentis est accipienda, post alios *Mevius p. 6. dec. 404. n. 6.*

CAPUT XXII.
DE
OCULARI INSPECTIONE.

SUMMARIA

1. *Ocularis inspectio species probationis excellentissima*
2. *Quando petenda, & an post sententiam*
3. *An post sententiam ex jurejurando decisam.*
4. *In quibus Controversiis haec utilis.*
5. *An ex officio, & utriusque sumptibus fieri possit.*
6. *Citari debet altera pars.*
7. *Quid si testes simul examinandi.*
8. *Quid in ipso conventu agendum.*
9. *Quis ordo.*
10. *Per Notarium juratum omnia consignada.*
11. *Ichnographia utilis.*
12. *De inspectione carceris remissive.*
13. *De inspectione limitum remissive.*
14. *Quid facta oculari inspectione faciendum.*

1 NOnnunquam etiam per ocularem inspectionem & rei evidentiam aliquid probari potest, ut in finibus dirigendis, *L. 8. §. 1. ff. fin. regund. L. Quae tutores §. 1. C. de admin. tutor.* de cujus probationis excellentia videatur *Mascard. de probat. in proœm. qu. 8. n. 1. & seq. Ruland. part. 2. tit. 3. cap. 1. Gilhaus. in arb. civ. cap. 6. part. 2. art. 2. §. 7. n. 1. Klock. vol. 1. consil. 29. n. 239. Berlich. part. 1. concl. 47. n. 1. & 2. Tusch. concl. 776. lit. P. Barbos. locupl. l. 13. tit. 13.*

2 Et hæc etiam post publicata attestata & dicicta admittenda est, cum postea quidem aliæ testium depositiones sint prohibitæ, sed non aliæ probationes, *Mascard. d. l. n. 9. Ruland. d. lib. 3. c. 3. n. 5. & seq.* imo etiam post conclusionem in causa hæc admittitur *juxta Ordin. Spanheim. tit. 37. Berlich. d. concl. 47. num. 14. & seqq. & n. 28.* quod adeo extendunt, ut etiam post rem judicatam ocularis inspectio concedenda sit, *Jason. in L. Admonendi. n. 26. ff. de jurej. arg. c. Fraternitatis. circa medium, X. de frigid. & malef. Tusch. concl. 776. n. 12.*

Pur-

Purpurat. conf. 33. num. 13. Tiraq. de retract. consang. §. 4 gl. num. 37. Mascard. d. qu. 8. num. 16. Berlich. concl. 47. num. 33. ubi id a Serenissimo Electore Saxoniæ JOHANNE GEORGIO in Ordin. Judic. tit. von Beweiß und Augenschein. constitutum esse ait: Quia 1. ex ea apparet, testes fuisse fallos, aut instrumenta falsa, aut errasse judicem. *L. Divus. 33. ff. de re judic. t. t. Cod. si ex falsis Instr.* 2. Quia duo testes probant ex præsumptione juris. Sed oculari inspectioni cedunt omnes præsumptiones. *l. 137. §. 2. ff. de Verb. Obl.* Sed quid si non ex sola evidentia facti, sed etiam ex testimoniis rusticorum intentio mea esset probanda, v. g. hunc acervum lapidum esse terminalem, tunc post conclusionem in causa non puto posse aliquem provocare ad Ocularem Inspectionem ob metum subornationis, nisi ex sola oculari inspectione probare velit, v. g. lapidum acervum video, sed eum fines demonstrare debere non visu, sed intellectu capio, & a testibus disco. Sic nec tunc post sententiam admittenda ocularis inspectio, quando non tam ex ea, quam ex conjecturis ex inspectione resultantibus quid esset probandum, v. g. ex conventione pedis, aut calceorum, quod vestigium tuis calceis conveniat, *Mascardus de probat. p. 8. n. 21. & seqq.* & huc refero *cap. pen. X. de Probat. de quo Wammes. vol. 1. cons. 465. n. 9.* Excipit tamen, si ex juramento 3
in litem vel æstimatione jurata sententia lata, & quæratur de perjurio. *Tusch. concl. 776. n. 13. & seqq. Berlich. d. l. n. 7.* Sed hæc sententia merito displicet, nisi agatur de judiciali juramento, nam post juramentum in litem vel necessarium, admittitur procul dubio probatio contrarii per documenta per *L. Admonendi. 31. de jurej.* Ergo eo magis per ocularem inspectionem. *Tiraquell. de Retr. Consang. §. 49. gl. 1. n. 37.*

Sed non tantum in quæstione finium vel quæstione territorii 4
Inspectio ocularis utilis, sed etiam in novi operis nunciatione, cautione damni infecti, item super re litigiosa, in causa infirmitatis probandæ, item, quando de necessariis, vel utilibus expensis quæritur, in describendis inscriptionibus lapidum, de vulneris qualitate, de maturitate partus, de virginitate, de gravitate, de servitutibus urbanorum & rusticorum prædiorum, de quo videri potest *Mevius. p. 3. dec. 373.* de duritie carceris, de foro & quæ ibi venalia ha-

beantur, quæ capita allegat *Ruland. d. lib. 3. cap. 4. & Ord. Elect. Pruten. lib. 1. tit. 37. & Berlich. d. concl. 47. n. 5. & seq.* item quando agitur de foro in casu homicidii in confinio commissi, de quo *Carpzov. in pr. crim. qu. 110. n. 25. & seq.* sic expressa probantur per rei evidentiam, *Mascard. concl. 719.* sic per stigmatum tactum &c. probari solent magica signa, de quo alibi.

5 Et hanc etiam a judice ex officio institui posse putant, & quidem sumptibus utriusque partis, si hanc utrique parti judicaverit expedire, *Gilhauf. d. §. 7. n. 1.* quod etiam probatum *in Ordinat. Spanheim. tit. 37. & Monaster. tit. 32. Brunsvic. tit. 36.* nisi altera pars non in oculari inspectione, sed in documentis suam intentionem fundet.

6 Quando certi Commissarii constituti, debet utraque pars ad certum diem citari. *Ruland. d. lib. 3. cap. 7.* Si scilicet authoritate judiciali fiat, sed ad sui informationem quilibet ocularem inspectionem suscipere potest, sed hæc alteri non præjudicat. Quando autem ad examen testium Commissarius constitutus, non potest sine speciali mandato ad ocularem inspectionem procedere Commissarius, quia delegationes sunt stricti juris, nisi examen testium non possit institui, nisi in rem præsentem itum sit *Mevius. p. 5. dec. 310.*

7 Si una cum oculari inspectione testes examinandi, hos ante actum inspectionis examinandos esse, disponitur in Ordin. Wurtemb. *tit. 18.* Sed quandoque Testes in ipsa oculari inspectione examinantur, ut v. g. si de certa arbore sermo sit, an sit finalis, optimum erit, præstito prius juramento, testes in rem præsentem ducere, singulos de arbore illa seorsim audire, ubi certior redditur depositio, & sæpe articuli, nisi res præsens sit, intelligi non possunt.

8 In ipso Actu inspectionis commissarii causam conventus partibus & testibus significanto, & testes productos vel ad articulos, vel de simplici & plano, non tamen sine juramento, examinanto, *Wurtemb. Ordin. d. tit. 18.*

9 Demonstrationem autem terminorum, vel loci controversi primus faciet is, cui aliquid probandum injunctum est, *Gilhausen. d. §. 7. n. 8.* quam falsam esse pars adversa in continenti demonstrat. *Ruland. d. lib. 3. c. 7. n. 2.* Renuentes autem possessores loci, de quo quæ-

Digitized by Google

quæstio, coget Commissarius, vel Judex pœnalibus mandatis. *Ruland. p. 2. l. 3. c. 8. Gilhausen. d. §. 7. n. 7.*

10 Omnia autem, quæ dicuntur, per Notarios a se adductos, vel a parte adjunctos, juramento prius adstringendos, fideliter consignari curet in pugillaribus. *Rul. d. l. 3. c. 10. n. 3. & Gilhausf. d. §. 7. n. 8.* Adhiberi 11 etiam solet Pictor, juramento prius adstringendus, qui loci qualitatem, & singulas circumstantias in pictura adumbret, *Rul. d. c. 10. n. 6.* quod in Recessu Nuperrimo utrique parti injungitur, ut utraque pars talem picturam producere teneatur, §. Wenn es um Grentzen/ Weldtgang/ Jagten und andern dergleichen Jura und Gerechtsamkeiten zu thun und der Augenschein einzunehmen von nöthen/ so solle zu des Richters bessern Information eine jede Parthey einen richtigen Abriß zu produciren schuldig seyn. Ex quibus verbis apparet, quod utraque pars privatim ichnographiam conficere & judici offerre debeat, quæ quando inter se collatæ, facile apparet, in quo conveniant, in quo differant, & quid ergo probandum sit uni vel alteri.

Quomodo autem in inspectione Carceris se debeat gerere Com- 12
missarius, de eo pluribus agit *Gilhausf. d. art. 2. §. 8. per tot.*

De terminorum maxime lapideorum inspectione, elevatione & re- 13
positione *vid. Gilhausf. d. art. 2. §. 10.*

Ex oculari autem inspectione non statim ferenda sententia, sed 14
requiritur, ut inspectio ocularis in rotulum redigatur. 2. ut rotulus partibus communicetur. 3. ut partibus integrum sit contra inspectionem aliquid allegare. 4. ut in causa concludatur. *Mev. part. 3. dec. 215.* Plures nullitates sententiæ ex oculari inspectione latæ recenset *Mevius 4. dec. 139.*

CAPUT XXIII.
DE
JURAMENTO LITIS DECISORIO.
SUMMARIA.

A quibus defertur juramentum.
Est simile Transactioni.
Soli deferunt qui transigere possunt.
Infamis etiam defert.
5. *In quibus causis transactio non habet locum, in iisdem nec etiam juram.*
6. *Defertur, licet nihil probatum.*
7. *Delatio juramenti favorabilis.*

 8. Et-

8. Etiam post terminum lapsum potest deferre
9. Etiam in Actis depositis.
10. Etiam ubi antea juramentum respondendorum præstitum.
11. A forma delationis ejus forma dependet.
12. Deferens potest revocare.
13. Cui defertur, is potest referre.
14. Vel intentionem suam probare.
15. Sed non is, qui detulit.
16. Deferens de calumnia jurabit.
17. Non referens.
18. Recusantis pœna.
19. An heres non acceptatum præstat.
20. Quid si defunctus acceptavit, an pro præstito habendum.
21. Ipsa pars principalis potest compelli, ut præstet.
22. Quando juramentum necessarium locum habeat.
23. An ei, qui semiplene probavit, deferatur.
24. Etiam non petenti.
25. Et qui notitiam rei habet.
26. Et Digniori.
27. Qui sit integra opinionis.
28. Non defertur in caussis arduis.
29. Vel ubi plures testes requirantur, quam duo.
30. Etiam post terminum probatorium lapsum.
31. Etiam in instantia appellationis.
32. Deferendi hujus praxis duplex.
33. Sententia ex novis instrumentis potest retractari.
34. Quando juramentum purgationis locum habeat.
35. Quid requiratur, ut id deferatur.
36. Certus terminus assignetur.
37. Reus potest innocentiam probare.
38. Præstito juramento, reus absolvendus.
39. Praxis in Camera Spir.
40. De juramento in litem.
41. Tantum dominus litis hoc præstat.
42. Certa quantitas determinatur.
43. Antequam juretur.
44. Forma deferendi.
45. De L. Si quando. C. unde vi.
46. De juramento perhorrescentia.

1 PEr juramentum etiam deciduntur lites tam Jure Divino, quam Civili. Et deferri solet hoc juramentum a parte, vel a judice, vel a
lege. A parte deferri solet juramentum judiciale, sive super ipsa actio-
2 ne, sive super exceptione. Et præsupponendum est, transactionem
esse valde similem delationi juramenti judicialis, adeo, ut ab uno ad
aliud liceat argumentari. *L. 2. ff. de jurejur. L. Qui jurasse. 26. §. fin. &*
3 *l. 35. §. 1. ff. eod.* Hinc illi soli deferunt, qui potestatem habent litis decidendæ vel remittendæ. *Don. l. 24. cap. 12. lit. A.* Sicut igitur, qui non
est principalis, nec habet speciale mandatum, non potest transigere,

ita

ita nec juramentum deferre, *L. 17. §. ult. ff. h. t.* & huc referri possunt
varia exempla, quæ habet *Setser. de juram. part. 4. c. 2.* Sic Syndicus
non potest juramentum deferre. *l. 34. §. 1. ff. h. t. Hillig. ad Donell. l. 24.*
cap. 12. lit. F. Et quamvis *Hillig. d. c. 12. lit. K.* procuratorem cum libe-
ra admittat ad juramentum deferendum, videtur tamen id mihi du-
bium: 1. Quia procurator cum libera transigere non potest, *l. 63. de*
procurat. cum agere & transigere sint disseparata. Et 2. Tutor non
aliter potest juramentum deferre, quam si inopia probationum labo-
ret, & causa alioquin foret desperata. *l. 35. pr. ff. h. t.* Et exinde displi- 4
cet sententia nonnullorum, ut *Carpz. part. 1. const. 14. def. 6. Setser.*
l. 4. c. 8. n. 12. Ant. Fabri in Cod. h. tit. def. 17. quasi infamis, aut qui an-
tea perjurus fuit, non possit deferre juramentum, quasi cogeretur Reus
præcise jurare, & non possit tuto referre. Sententia illa nullo textu
nititur, & si transigere potest infamis, cur non etiam deferre juramen-
tum? & non attendenda illorum superstitio, qui malunt damnum pa-
ti, quam juramentum præstare, sed major habenda est ratio publicæ
utilitatis, quæ svadet, ut lites per juramentum cito expediantur. Et
non videtur consequentia firma, hinc tuto non potest referri jura-
mentum, Ergo is deferre non potest. In causa famosa, & ubi defe-
rens non potest habere notitiam rei, non licet referre juramentum, &
tamen deferri potest. Ergo omnino delatio fieri potest, ubi tuta non
est relatio. *Conf. Cravetta consf. 203. Setser. l. 4. c. 3. n. 41. Carpz. tit. 13.*
d. 1. n. 86. & ita sentiunt *Donell. l. 24. c. 21. lit. Hh. & Hillig. Duaren in*
priori Comment. c. 2. & posteriori c. 3. Umm. disp. 14. n. 42. Sic etiam in 5
causis, in quibus partes transigere possunt, & quæ sunt in potestate
partium, potest etiam juramentum deferri, & in quibus transactio lo-
cum non habet, in iis nec etiam juramentum. Sic in criminalibus
capitalibus causis Reus non potest deferre juramentum, quia si ille
juraret, Reus foret puniendus pœna capitali, quod in ipsius potestate
non est. *Setser. lib. 4. c. 3. n. 5. & 6. Beust. ad L. 3. h. tit. n. 557. Hillig. in*
Donell. l. 24. c. 17. lit. L. Diversum itaque esse in crimine, cujus pecu-
niaria pœna. *Hillig. d. l.* Item Accusator Reo etiam in capitalibus de-
ferre juramentum potest extra judicium, quia transigi potest (quod
tamen non præjudicaret judici.) *Schneidew. ad §. 11. J. de Act. n. 24.*

Setser.

Setser. d. l. n. 5. Hillig. d. l. Berlich. part. 2. dec. 297. Et propter eandem rationem nec in causa status delatio locum habet, nec in causa matrimoniali, quia transactio locum non habet. *Schneidew. ad d. §. 11. n. 26. Beust. de Sponsal. c. 45. Gail. l. 2. obs. 94. n. 13. Setser. d. c. 4. n. 7. & Hillig. d. l.* Scilicet quando deferretur contra matrimonium, aliud si pro matrimonio. *Setser. d. c. 4. n. 7. Carpz. tit. 13. art. 1. n. 67.* Sic quia super reliquis in Testamento transigi non potest verbis Testamenti non inspectis, ita nec juramentum deferri. *L. fin. C. h. t. & ibi not.*

6 Et cum transigi possit, etiam si nihil a deferente sit probatum, cur eo etiam casu non possit juramentum deferri? præsertim cum jura nullibi probationem requirant, & leges generaliter loquantur, *L. 34. ff. h. t. L. 9. C. eod. Mev. p. 6. dec. 405.* & sententia contraria ex confusione juramenti necessarii & judicialis sit orta. *Carpz. l. 1. Resp. 77. & part. 1. Jurispr. const. 12. def. 2. Donell. & ibi Hillig. lib. 24. cap. 20. lit. D. Berlich. part. 1. concl. 29. n. 8. Cevall. q. 305. Setser. lib. 4. cap. 2. in fin. Ummius d. l. num. 41.*

7 Et cum transactio sit favorabilis, sequitur etiam delationem juramenti esse favorabilem, & benigna interpretatione adjuvandam potius, quam restringendam, & sic non potest non displicere consilium Ant. Fabri *l. 9. tit. 22. art. 8.* ubi svadet, ut deferre volens juramentum id ante litem contestatam deferat, quod etiam probat *Parthen. litig. l. 2. c. 13. n. 21.* nam ita nimis constringeretur via hæc lites celerius finiendi Jure Divino etiam, & civili approbata, quod licet Jure Saxon. mutatum, ubi post præstitam Gvarandam & litis contestationem juramenti delatio locum non habet, *Carpz. part. 1. const. 12. def.* in negotio tamen noviter emergente etiam Jure Saxonico post litem con-
8 testatam admittitur delatio. Sic etiam exinde sententia illorum probabilis redditur, qui statuunt, post probationem cœptam, imo post lapsum terminum probatorium referri posse juramentum, quorum illud probant *Donell. & Hillig. & ab hoc citati d. c. 12. lit. E.* Hoc *per L. Generaliter. 12. C. de jurejurand.* & quia post lapsum terminum etiam confessio partis allegari potest, nec regula illa: *quod, ubi quis invitus judicium accipere non tenetur, non valeat delatio, L. 28. §. 2. de judic.* huc pertinet, quia judicium hic non finitum. Vid. *Carpz. part. 1. const. 12. def. 1.*

Digitized by Google

def. 1. n. 1. Nebelzram. decis. 12. Berlich. part. 1. d. 9. n. 13. Setser. de juram. l. 14. c. 5. n. 26. Hinc etiam convelli potest opinio eorum, qui statuunt in actione depositi, ubi de dolo agitur, & similibus, non posse juramentum deferri, ut *Carpz. part. 1. constit. 12. def. 31.* fundamentum enim illud, quod in famosis actionibus juramentum non deferatur, aperto textu convellitur, *L. 9. §. 2. h. t. Hilliger. l. 24. c. 2. lit. Q.* Et quia 9 in famosis actionibus referre non licet juramentum per *c. ult. X. h. t.* & delatum utique esse oportet. Conf. *Carpz. in proc. tit. 13. art. 1. n. 35.* & de actione injuriarum *n. 41.* in actione depositi *n. 60.* & diversissima ratio criminalium, ubi non admittitur delatio, non quia famosa, sed quia Reus ad pœnam capitalem se obligaret, ut supra dictum. Nec vi- 10 detur omnino probandus mos aliquorum, qui non admittunt juramenti delationem, si positionibus jurato responsum sit, cum tamen diversissimos habeant hæc juramenta fines, scil. *hoc* juramentum litem decidendam respiciat, *illud* calumniam excludendam; *hoc* sit veritatis; *illud* credulitatis; *hoc* in progressu litis, ubi melius informatus esse potest, *illud* sub litis ingressu præstetur, sicut ex dictis hoc patescit. Licet illa consvetudo in eo casu probari possit, ubi juramentum respondendorum super proprio facto, non defuncti præstitum, quo casu non fuit simpliciter credulitatis, sed veritatis, item si nihil in facto allegatum, ut melior possit esse alterius scientia.

Et quia juramentum hoc instar transactionis se habet, ex for- 11 ma delationis formam suam recipit, ut aliter præstari non debeat, quam quumodo est delatum, *l. 5. §. ultim. & l. seq ff. de jurej. Wesenb. cons. 3. n. 50.* Et si in formula jurandi convenire non possint partes, a judice ea præscribenda, ut relevet, *Carpz. in proc. d. tit. 11. art. 28. n. 1181.*

Ex eodem fluit, quod deferens juramentum, nisi statim ab al- 12 tero acceptetur, possit idem revocare, & ad probationes ordinarias confugere, tum quia nondum ante acceptationem, vel relationem ab altero factam, transactio dici potest, tum, ne quis litis victoriam, quam ex novis liquidis probationibus supervenientibus comparare possit, alterius perjurio committere cogatur, *Carpz. part. 1. const. 12. def. 3.* ubi id *def. seq.* recte negat, si altera acceptaverit vel retulerit juramentum, nam tunc utriusque consensus concurrit.

ff Unde

Unde hanc cautelam tradunt, ut reus statim acceptet juramentum sibi delatum, & tantum spatium deliberandi de modo jurandi petat. *Boer. dec. 243. n.3. Franzk. ad h.t.1.n.91.*

13 Illi vero, cui defertur juramentum, duplicem viam jura suppeditant, qua declinari juramenti præstatio possit. *Prima* ut possit referre, *L. Jusjurandum.34.§.7.h.t.* nisi super facto proprio, cujus alter notitiam habere nequit, ipsi delatum fuerit juramentum, nam hoc casu referri nequit, *l.11. §.2.& ult.& l.13. ff. de Act. Rerum amotarum*; Unde *c.36. X. h.t.* de tali famoso facto, quod reo tantum notum, intelligendum videtur, *Carpz. d.const.14. def. 10.* nec referri potest sic acceptatum, quod enim ab initio placuit, postea displicere nequit, *Carpz. d. const. 14. def. 3* Debet autem Relatio fieri eo modo, quo delatum est, v.g. defers mihi juramentum super mutuo, ego non possum referre de solutione, nam hæc alia quæstio est, vel non possum referre de alio debito, quo mihi es obstrictus. *L.34.§.8.h.t.Hil-*
14 *lig. in Don. l.24.c.21. c.lit. R. Secunda*, ut is, cui defertur juramentum, possit suam intentionem testibus vel documentis probare, quia non videtur turpiter facere, qui religione magis, quam conscientia motus, tam facile jurare nolit. *L. Qua sub conditione. 8. ff. de condit. Inst. Barth. in l.14.§.3. C. de non num. petun. Carpz. d. const.14. def. 14.& l.3. Resp.30. num.4. Hilliger. lib. 24. cap. 21. ht Ff. & Rauchb. part. 2. qu.3. num.19.* Et illa sententia probatur ex *L. 30. ff. h.t.* Et ita non minus actor a probandi necessitate liberatur, & hæc in reum transfertur. *Franzk. h.t. n.119.* & quos ibi allegat. Sed an Actor ad reprobationem admittendus? Negat *Franzk. d.l. num.121. & Carpz. d. tit.11. artic.1. num. 24.* (qui nec interrogatoria admittit) ne reo adimatur beneficium, quod, si in probando defecerit, ad juramentum possit recurrere. Sed si reus putaverit se satis probasse & nolit illo beneficio uti, putarem actorem ad reprobationem illam admittendum esse: Et interest Actoris, litem cito expediri, sed æque bene; Et probatio sine interrogatoriis non videtur perfecta. Si ergo is, cui delatum est juramentum, cum probare voluerit, defecit, potest regressus hac formula concedi, daß Kläger dasjenige/ was er sich zur Vertretung seines Gewissens zu beweisen/ angemasset/ nicht

nicht bewiesen / derhalben er den deferirten Eyd zu præstiren oder zu re-
feriren schuldig. Fieri etiam potest, ut reus super uno puncto ju-
ramentum delatum acceptet, & super alio probationem suscipiat,
ergo & Actori hoc liberum, ut super uno deferat, super altero pro-
bet, *Carpz. tit. 11. art. 1. n. 30.* licet dissentiat *Setser. lib. 4. cap. 3. n. 12.* &
alii, quos allegat *Hillig. d. l.* Sed aliud esse in eo, cui refertur jura- 15
mentum, eumque non admittendum ad probandam intentionem
suam, quia is præcise jurare tenetur. *L. Manifestæ. 38. ff. h. t. Carpz.
d. const. 38. def. 4. & Berlich. part. 1. concl. 33.* Sed jure communi con-
trarium, *Ant. Faber. lib. 4. Cod. tit. 1. def. 3. n. 4. & seqq. Schneidew.
ad §. 11. J. de Act. n. 92.* & ita veteres Scabinos pronunciasse refert
Dan. Moller. l. 3. Semestr. c. 3. in fin.

Hoc vero a deferente requirunt Leges, ut antequam præstet 16
juramentum alter, ipse juret de calumnia, *L. Jusjurandum. 34. §. 4.
h. t. & L. Delata. 9. C. de reb. cred.* licet ante generale juramentum
calumniæ præstitisset, per tradita *Rauchbars part. 1. q. 11.* & certæ sunt
personæ, quibus remittitur, ut Patrono & Parenti. *L. 1. h. t. Donell.
lib. 24. cap. 21. lit. D. Carpzov. d. const. 12. def. 23. Ummius disput. 12. th. 8* 17
Referens autem non tenetur jurare de calumnia, quia provocatus
hoc fecit. *d. L. 34. §. 4.* E contrario qui detulit, si ei referatur, duplex
juramentum præstabit, primum de calumnia, alterum vero princi-
pale & judiciale. *Carpz. d. const. 14. def. 5.* Verum Jure Civili hæc du-
bia sententia, *Hillig. lib. 24. cap. 21. lit. R.* nam non potest præsumi ca-
lumnia in eo, qui ipse jurat.

Recusantis jurare, nec referentis pœna est, ut causa cadat, & pro 18
confesso & convicto habeatur, id est: Actor si jurare nolit, Reus absol-
vitur, si vero Reus nolit, consequitur Actor id, quod petit. *L. 5. §. 4. ff.
de jurej. Carpz. l. 6. Resp. 120. Donell. l. 24. c. 23.* Sententia tamen opus
est, *Mev. p. 6. dec. 165.* tum ne deterioris sit conditionis, quam aperte
convictus aut confessus; tum ne appellatio ei præcidatur, quæ illi con-
cessa per *L. 12. §. 2. C. h. t.* in qua quæritur, an justam recusandi causam
habeat, vel non, licet ille, qui detulit, si recuset, non appellet. *d. L. 12.
§. 1. Donell. & ibi Hill. d. c. 23. lit. E.* Si etiam deferens nolit de calumnia
jurare, juramentum habetur pro præstito. *L. 37. ff. h. t. c. 7. X. de pignor.*

19 Sed si alter non expresse recusaverit, nec acceptaverit, & in fata concedat, an heres tenetur juramentum præstare? id quidem de juramento credulitatis affirmat Jus Saxon. *Carpzov. d. Resp. 120. num. 2.* Sed Jure Civili communi aliud, qua non heredis, sed defuncti fides electa est. *L. 12. pr. C. h. t. Menoch. lib. 1. A. Q. Cas. 68. n. 30.* & quos allegat *Hillig. lib. 24. cap. 13. lit. A.* Sed annon heres potest deferre juramentum? Hoc de jure Civili & Saxon. negat *Carpz. tit. 11. art. 6. num. 1. per. l. 11. §. 2. Rerum amot. & l. 4. de in litem jurando*, nisi deferatur juramentum credulitatis, Wenn er die Sache in des andern Gewissen / Wissenschafft und Wolbewust stellet / & sic dicit heres, se notitiam ejus rei nullam habere, nec credere, id a defuncto factum fuisse. *Carpz. d. tit. 11. art. 6. n. 50.* Sed videtur distingvenda quæstio. *primo:* an teneatur heres jurare? *secundo:* an hæres juramentum defuncto delatum, nolente deferente præstare possit? quorum *hoc* negatur, per *l. 12. pr. ff. Rerum amot. illud* affirmatur, quando
20 defertur juramentum credulitatis: sin vero defunctus expresse delatum juramentum acceptaverit, tunc nonnulli volunt, ut hoc juramentum mortuo eo, cui a parte delatum, pro præstito habeatur, *Berlich. part. 1. concl. 55. n. 14. Carpz. l. 6. Resp. 120.* qui allegant *Mynf. Cent. 1. obs. 13. & Gailium l. 2. obs. 43.* sed hic de juramento in litem loquitur. Sed de juramento judiciali, de quo hic loquimur, aliud salva Superiorum authoritate dixerimus cum *Hillig. in Donell. l. 24. c. 13. in princ. & c. 19. lit. T. p. 1283.* & pro hac sententia militat *L. 12. pr. C. h. t.* ubi dicitur, si alteri juramentum delatum sit, licet alter appellaverit, præstandum tamen esse ab eo, qui acceptavit, ne facultas jurandi pereat, & interim illa quæstio, an relever juramentum, an non, reservetur ad instantiam appellationis; si autem acceptatum a defuncto pro præstito esset, frustranea esset mens Imperatoris, & ex eo ipso textu dici possit idem esse in juramento necessario, & aperta hic conditio: *si juraverit.* Si tamen facto Adversarii, is, qui acceptavit, impediatur, & ita in fata concedat, eo casu acceptatum pro præstito haberi potest. *Mevius p. 4. dec. 262.*

21 Et quamvis jure communi juramentum hoc per Procuratorem præstari possit, si deferens consenserit, utilius tamen est, si semper, & indistincte ipsa pars Principalis id præstet, sicut in juramento

Google

mento calumniæ ſupra diximus, & in foro Saxon. Elect. Conſtitutione idem introductum refert *Carpz. part.1. conſt.12. def.39.* Imo ſi deferens poſtulat, omnino ipſe, qui juramentum acceptavit, etiam Jure Communi tenetur in propria perſona præſtare. *d.l.12. §.4. C. de Rebus cred. & ibi notata a me. Carpz. p.1. C.12. def.39.* Nec juramentum pupillo delatum præſtatur per tutorem, ſed differendum eſt in puberem ætatem. *Carpz. d.tit.11. art.2. n.14. & ſeq. & n.39.* Univerſitati delatum non per Syndicum præſtandum, ſed per Seniores, niſi juniores meliorem habeant notitiam. *Carpz. d. art.2. n.62. & ſeqq.*

A judice deferri ſolet juramentum neceſſarium ſive ſupple- 22
torium, ubi cauſa dubia eſt, & inopia probationum laborat. *L. In bonæ
fidei.3. h.t. L. Admonendi. 31. ff. eod. de quo Setſer. lib.4. c.12. Donell. &
Hilliq. lib.24. c.18. Berlich. part.1. concl. 53.* Cauſa dubia autem eſt, quando aliquid probatum eſt, ſed non ſufficienter, r. ut ſi unum pro ſe habeat teſtem omni Exceptione majorem, quæ eſt communis ſententia in foro recepta, ſcilicet ſi unius teſtis dictum cum eo, ſuper quo jurandum eſt, exacte conſonet & ita ſit, ex quo deciſio litis dependet. *Mevius part.4. dec.29.* 2. Aut ſi tantum conjecturas & præſumptiones non leves pro ſe habeat, *Mevius part.3. dec.302.* & ſit Vir perſpectæ fidei, *Setſer. de jurament. l.4. c.12. n.4.* 3. Si teſtes duos minus idoneos pro ſe habeat. *Mev. dec.1. n.402.* 4. Si ſcriptura recognoſci non poſſit, ſed per comparationem manus probanda. *Setſer. d.l. n.10.* 5. In libris Mercatorum, de quibus ſupra. Et hoc juramentum judex vel actori vel reo defert *per
c. ult. §. Sane. X. h.t. & d. L.3. Berlich. d. concl.53. n.13.* Et communiter 23
deferri ſolet eo, qui ſemiplene probavit, *Dd. ad L.3. Br. pr. Bl. n.1. Salyc. num.5. Sichard. n.13. Gilken. n.8.* quæ ſententia licet in jure dubia eſſet, notiſſima tamen judiciorum praxi ubivis recepta, & ideo merito retinenda. *Hilliger. d. cap.18. lit D. Berlich. d. l. num.16.* Et qui- 24
dem etiam parti non petenti deferri poteſt, quamvis etiam a parte peti poſſit *per d. L. 31. Gail. lib.2. obſ.108. n.4. Fachin. lib.1. controv. cap.16. Schneidewin. ad §.11. J. de Act. n.47. Berlich. d. concluſ.53 num. 41. & ſeqq.* quia petens hoc juramentum non reddit ſe ſuſpectum, quia petit id, quod judex deferre debet, *l.3. C. de Rebus cred.* ex qua ratione etiam non petenti adjudicari debet. *Carpz. tit.12. art.2. n.9.*

 Et,

Et, si judex ex officio non deferat, justa causa appellationis est.
25 *Mevius part.3. dec. 417.* Et debet deferri ei, qui rei notitiam habet ex sensu aliquo corporeo. *Mynsing. d. observ.13. Beust. ad L. Admonendi. n.274. & num. 215. Menoch. lib.2. A. Q. casu.190. n.5. & Setser. d. lib.4. cap.13. num.7. & cap.12. n.17.* Et quamvis hoc juramentum super credulitate præstari posse nonnulli putent, communiter tamen hanc sententiam reprobari testatur *Pruckmann. cons. 10. num. 93. & num. 118. Vol.1. & Vol.2. cons. 18. numer. 10.* cum enim testi super credulitate juranti, in aliena causa non credatur, multo minus parti in propria causa, ut concludit *Pruckmann. d. l. numer. 119.* quod vero heres Mercatoris admittatur cum juramento credulitatis pro libris defuncti, id exorbitans est, & in favorem commerciorum receptum, quod in exemplum trahi non debet. *Conf. Berlich. d. conclus.53. num. 17. Setser. lib.4. cap.12. num. 17. & cap.13. num.7.* & Dd. a dissentientibus allegati de judiciali juramento loquuntur.
26 Si autem uterque semiplene probaverit, tunc dignitas alterius præponderans, & probati magis mores attendendi, aut si omnia paria, reo deferendum hoc juramentum per ea, quæ tradit *Berlich d. concl.53. n.19. & seqq. Hillig. d. cap. lit. T. pag. 1283.* Ideoque si probatio Rei, quamvis imperfecta, per reprobationem Actoris non est elisa, & reus notitiam ejus rei habet meliorem, & est persona talis, quæ in alienis negotiis possit esse testis omni exceptione major, reo potest deferri hoc juramentum, quod hoc casu juramenti purgatorii vicem supplere potest, *Carpz. tit.2. art. 2. n.36. & seqq.* sed quid si ambo plene probent? Huic juramento locum esse vult post *Duar. Donell. l.24. c.15. lit. Q.* Sed reum admittendum esse verius est *per L. Ubi pugnantia.188. de R. J. Umminus d.18. n.88.* & quos laudat *Hill. d. l.* quod ampliat, licet actoris probationes aliquantulum ex-
27 cedant, aut Actoris persona legalior. Si autem is, qui ad juramentum hoc provocat, præsumptione vel minima oneretur, *Mynsing. Cent.5. obs. 68.* & quos allegat *Hilliger. d. cap.29. lit. E.* aut si non esset integræ opinionis, & inculpatæ vitæ, aut non esset persona legalis, minime ei deferendum hoc juramentum, licet semiplene probaverit, *Marq. Freher. de Existim. lib.2. c.6. n.13. Carpz. d. Const. 23. def.7.*

Digitized by Google

def. 7. Menoch. casu 190. n. 12. Hillig. d. c. 19. lit. T. quia enim tales personæ in aliorum causis non sunt testes omni exceptione majores, multo minus in propriis. *Benst. ad L. Admonendi. n. 108. ff de jurejur. Conf. Hill. l. 24. c. 19. lit. T.* Et ideo nec Usurario, nec Judæo deferendum contra Christianum *Benst. d. l. n. 188. & 196.* De Spurio autem quin admittendus sit, cæteris paribus, nullus dubito. *Ummius d. l. 14. n. 76.* Imo etiam ex causa, si metuat judex, ne ille, cui delatum est, falso juret, potest revocare, *Borcbold. de jurejur. c. 6. n. 12. Hillig. d. c. 19. lit. Z. Setser. d. c. 15. n. 16.* præsertim si per interlocutoriam delatum sit, non in ipsa sententia definitiva. Et, si a judice mihi delatum sit juramentum suppletorium, Adversarius meus ad probationem legitimam se offerre potest, per tradita *Mevii p. 4. dec. 296.* Cæterum hoc juramentum non 28 admittunt causæ civiles arduæ & magnæ, nisi plus quam semiplene probatum sit, *Gail. lib. 1. observ. 108. num. 11. Menoch. l. 2. cas. 72.* & quos allegat *Hilliger. lib. 24. cap. 19. lit. T. pag. 1280.* quia scilic. hæ causæ criminalibus comparantur, *c. 1. §. Illum autem spoliatum. de Restit. spoliat. lib. 6. Berlich. concl. 54. n. 2.* nec in causis criminalibus, quia in his probationes luce meridiana clariores requiruntur, *L. ult. C. de probat. Berlich. d. concl. 54. n. 5. & seq. & Hillig. d. l. Carpz. d. const. 23. def. 11.* quod restringit *Carpz. d. l.* si pœna corporis afflictiva imponenda. Ideoque nec in famosis causis admittendum hoc juramentum putaverim, nam hæc omni pecuniaria gravior existit, nec obstat *L. 3. C. de Rebus Cred.* quia in genere de actionibus bonæ fidei, non in specie de actione depositi directa agit, nec obstat, quod in causa famosa juramentum judiciale admittatur, nam respondeo judiciale pro fama præstari, hoc vero contra famam, *conf. Benst. d. l. n. 261. Setf. de juram. l. 4. c. 14. n. 5. & seq. Hill. d. lit. T. p. 12. §. 81.* Sed si etiam ex criminali agatur ad pœnam pecuniariam, non puto esse juramento locum, quia 1. sequeretur infamia *ob l. fin. C. de probat. Conf. Men. l. 2. A. Q. casu 464. n. 6. & Umm. n. 83.* nisi forte ex lege Aquilia agat ob hominem occisum, aut ex furto condictione furtiva &c. *Carpz. d. art. 2. n. 73.* Nec in matrimonialibus, nec contra matrimonium, nec pro matrimonio, quia causa matrimonii instar criminalis, *c. ult. de proc. l. 6.* & deinde res matrimonialis consummata n

po an

sse,

possit facile rescindi. Et quamvis etiam excipiant causam status, dissentit tamen *Modest. Pistor. p. 3. q. 128. & Pryckm. vol. 1. cons. 21. n. 88. Setser. l. 4. c. 14. n. 7. Umm. d. l. n. 85. d. l. p. 1252.* nisi hoc casu non tantum semiplena, sed talis probatio adesset, quæ proxime a perfecta probatione abesset, conjecturis haud levibus adjuta, *Beust. d. l. n. 269. & seqq.* & quos allegat *Hillig. d. l. p. 1251. Bertrib. d. concl. 45. n. 14. & seqq.* Neque admittitur hoc juramentum in causa ea, quæ plures, quam duos testes requirit, vel quæ plures testes facile habere potest, ut quando de probanda fama, consvetudine, valore rei, & notorio probando agitur, *Hilliger. d. c. 19. lit. E.* Et potest hoc juramentum deferri post lapsum terminum probatorium, *Carpz. d. constit. 23. def. 9.* imo etiam post conclusionem in causa, quia judex cuncta rimari & pro habenda veritate modis omnibus laborare debet. *C. Judicantem caus. 30. q. 5.* & ante causæ conclusionem scire nequit, an opus sit in supplementum plenæ probationis deferre juramentum, & judici in causa nunquam concluditur. *Gail. d. obs. 108. n. 5. Fachin. l. 1. c. 3. Setser. l. 4. c. 15. n. 8. & seqq.*

31 In instantia Appellationis etiam hoc peti & deferri potest, si in prima instantia semiplene probatum. *Gail. lib. 1. obs. 108. n. 9. Capyc. dec. 35. Foller. ad Marantam part. 1. b. t. n. 20. Hilliger. d. l. lit. X. Setser. d.*

32 *lib. 4. cap. 15. n. 17.* Sed in deferendo juramento hæc duplex Practica: alii enim per nudam interlocutoriam deferunt juramentum, hoc modo. Wollen und mögen Klägere einen Eyd zu GOtt dem Allmächtigen und auff das heilige Evangelium schweren/ daß die in Actis angezogene 600. Gülden Titio angewiesen und zugeschrieben/ aber niemahls entrichtet worden/ das solches gehöret/ und sie thun dasselbe oder nicht/ soll in der Sache ferner ergehen/ was recht ist; sicut *ex Gailo & Merckelbachii consil. 50. in fin. inter consilia Klockii Vol. 4.* apparet, vel simul in ipsa definitiva defertur hac forma: Würden Klägere mit einem Eyde in supplementum erhalten/ daß sie Titio die 600. Gülden geliehen/ massen ihnen solches obliget/ so wäre Titius dieselbe nebst dem interesse zu zahlen schuldig/ vel, so hätten Klägere ihre Intention zur Noth erweisen/ sicut apparet ex præjudiciis allegatis a *Carpz. part. 1. Jurispr. const. 23. def. 1. 7. & 8.* & ita a Facultate nostra Juridica pronunciatum memini. Sententia autem ex jurejuran-

33

jurando necessario lata transit quidem in rem judicatam, ut tamen repertis novis instrumentis causa ex integro agi possit, *L. 31. ff. h. tit.* & hic non tam de perjurio, quam de justa delatione juramenti quæritur. *Vid. Donell. & Hillig. d. c. 19. liter. Bb. Setser. d. lib. 4. cap. 17. & seq.* Et ope restitutionis talis sententia impugnatur, quia ex probatione privilegiata lata. Ergo intra quadriennium petenda restitutio, quod a tempore repertorum documentorum currit: Quamvis ipso jure retractari sententiam putet *Mev. p. 1. dec. 13.* Et petens jurare debet, se antea notitiam horum documentorum non habuisse, neque se jam confici curasse. *C. Pastoralis. X. de Except. C. Præsentium. X. de Testib. Umm. n. 10. Hillig. d. l. lit. Cc.* Appellatio etiam adversus talem sententiam admittitur *per l. 12. §. 2. C. de reb. cred. Carpz. d. art. 2. n. 107. Umm. n. 101.* Aliud in testibus, in quibus metus subornationis. *d. l. 31.* Fit autem ista retractatio ope restitutionis. *Oddus qu. 74. art. 5. Trentac. lib. 2. tit. de confess. art. 1. n. 34. Hillig. d. cap. 19. lit. Gg.* Si autem jurare jussus nolit jurare, causa cadit, quia non probavit, nec hic relatio locum habet, *Carpz. art. 2. n. 88.* Et Judex revocare potest compertis perversis moribus. *Umm. n. 95. Hillig. l. 2.*

34 Est etiam aliud juramentum probatorium innocentiæ, quod PURGATIONIS dicitur, in Jure Canon. etiam Purgatio Canonica vocatur, quæ in causis criminalibus datur, præsertim, ubi ad pœnam corporis afflictivam perveniri non potest, vel alias tortura locum habere non potest, *Carpz. part. 1. const. 22. def. 1.* & in matrimonialibus, quia non facile admittitur juramentum judiciale contra matrimonium, nec suppletorium pro eo, & civilibus arduis defertur, de quibus *vid. Heigius part. 1. q. 40. Carpzov. d. l. def. 25.* Locum etiam habet in actione injuriarum hoc juramentum, *l. 6. §. 4. de his, qui notantur. l. 18. C. eodem.* & ubi dolus purgari debet, & potest forte esse error, *Bargalius de Dolo l. 4. c. 9. n. 29.* & ubi juramentum necessarium regulariter locum non habet. *Heig. d. q. 40. n. 24. Carpz. d. const. 12. def. 14.* Sed requirit hoc juramentum indicia contra reum facientia, 35 *c. 8. X. de purgat. Canon. Auth. Novo Jure. C. de pœn. judic. Gail. l. 1. de P. P. c. 7. n. 1. Carpz. d. const. 22. def. 1.* vel diffamationem, *C. Presbyter. caus. 2. q. 5. Masc. concl. 756. n. 23.* allegatam ab aliquo ignorantiam,

Masc. in proœm. qu. 9. n. 18. Carpz. d. const. def. 6. & ut aliter investigari veritas non possit. Nam periculosum est hoc juramentum, & ubi metus perjurii, potius reo jam parato ad jurandum remittendum putarem. Quando etiam juramentum delatum reo, sed actor, suscepto in se onere probandi, revocet delationem, actor autem nihil probaverit, reus a juramenti præstatione liber est, sed si præsumptionem contra reum probaverit, in causa etiam civili hoc purgationis juramentum locum habebit. *Mev. p. 6. dec. 147.* Et potest deferri etiam non petitum, quando ex officio proceditur, vel insignis fraudis præsumptio adest. *Borell. l. 2. dec. tit. 53. n. 21.* Et deferendum primo digniori, quia ob personas egregias, quæ etiam suspicione criminis vacare
36 debent, potissimum est inventum. *Conf. Borell. d. l. n. 7. & seq.* Et debet Reo certus terminus adsignari ad præstandum hoc juramentum, quod si Reus præstare recusaverit, vel aliquoties citatus emanserit, pro confesso habendus est, *Ord. Cam. part. 2. tit. 10.* §. Würde sichs aber/ &c. *Gail. l. 2. de P. P. c. 7. n. 22. Masc. concl. 956. num 42. Carpz. part. 1. const. 23. def. 17.* ubi tamen, quia ex præsumptione condemnatur, non pœna ordinaria, sed arbitraria locum habebit, *Menoch. l. 2. A. Q. casu 274. n. 5. Zaes. ad titul. de purgat. canon. in fin.* Jure Canon. requiruntur compurgatores septem, qui de credulitate jurent, *c. 8 de purgat. can.* quod tamen ab usu recessit, excepto casu fractæ pacis, *Ord. Cam. t. 10. Gail. l. 2. de P. P. c. 10.* & in materia feudali in *tit. de Consvet. recti feudi, Heig. part. 1. q. 40. n. 52.* Si etiam Collegium debeat præstare juramentum purgationis a duabus partibus Collegii hoc est præstandum,
37 *Ord. Cam. p. 2. art. 10.* Si tamen Reus velit innocentiam suam probationibus contrariis ostendere, hoc ipsi integrum erit. *Moll. ad Const. Saxon. 14. pr. & ad Const. 22. n. 9. & seq. Carpz. d. const. 22. def. 16. Rauch-*
38 *bar. part. 2. q. 3. n. 11.* Si vero præstiterit juramentum purgationis, absolvendus est Reus definitive, *Gail. l. 2. de P. P. c. 7. n. 12. Carpz. d. def. 17.* etiam quoad expensas. *Heig. p. 1. q. 40. n. 38. proc. Inquisit. c. 9. n. 2. in f. & n. 6. in f.* Post juramentum tamen purgationis præstitum Actori novæ probationes, ut tamen regressus absoluto non detur contra actorem, qui sic habet pro se legitima indicia, si supervenant, tunc etiam de perjurio quæri potest, *arg. L. Admonendi. ff. de jurej.* quia hoc etiam a judi-

Google

a judice defertur, *Gail. l. 2. de P. P. c. 7. n. 12. Borell. d. l. n. 20.* & quos allegat *Carpz. d. n. 76.* licet ad probationes per instrumenta id restringere nolim, eo, quod delicta instrumentis non probentur. Et hæc pur- 39
gatio Canonica non tantum in actione proposita, sed etiam principaliter sine figura Actionis in Camera imponi potest ei, contra quem suspicio est, quod Pacis Publicæ turbatoribus auxilium præstiterit, & solet citatio decerni ad præstandum hoc juramentum Entschuldigung mit dem Eyde zu thun/ vel legitimis ut defensionibus utatur, idque sub publicæ securitatis tessera, vel salvo conductu *per constit. Pacis publ. tit.* Wie gegen denen/ die des Friedbruchs/ &c. *Ord. Cam. d. part. 2. tit. 10. Gail. d. l. 2. c. 7. n. 1. & seqq.*

Est etiam aliud Juramentum, quod Judex deferre potest Actori ob 40
contumaciam Rei rem restituere nolentis, quo res in judicium deducta æstimatur, estque duplex, *Veritatis*, vel *Affectionis*. In *illo* juratur, quanti res est revera, æstimatione communi; in *hoc* vero, quanti res est æstimatione jurantis, *Bachov. in Treutl. disp. 21. thes. 11. lit. B.* quæ distinctio ut certis textibus nititur, ita a Dd. communiter recepta, licet quidam tertiam speciem sine necessitate addant, *Menoch. l. 2. A. Q. casu 207. & seqq. Hillig. in Don. l. 26. cap. 6. lit. D. & c. 7. lit. A. Umm. ad Process. disp. 20. n. 3.* nam quando Reus dolose & contumaciter restitutionem rei negat, quia Actor invitus vendere cogitur, nisi velit implorare manum militarem, indulgendum utique ex hoc casu aliquid affectioni Actoris. aliud utique erit in eo casu, ubi talis contumacia non concurrit, ut in homine ante litem contestatam, post moram tamen mortuo. *Bach. l. d.* Habet autem hoc juramentum locum 1. in omni- 41
bus actionibus in rem, & sic etiam hypothecaria, publiciana, & earum imitatione etiam in actione ad exhibendum: 2. in b. f. actionibus, quando res, quæ a nobis profecta, sed nostra mansit, repetitur, ut in actione Tutelæ, Commodati, Depositi, Tutelæ, & Rei Uxoriæ. 3. In actionibus stricti juris, ubi res, quæ a nobis profecta, repetitur, ut in actione quod metus causa, doli, rerum amotarum, Pauliana, sed in cæteris stricti juris actionibus non habet locum, nisi veritatis juramentum. *L. 5. §. fin. de juram. in lit.* Et hoc defertur Domino litis, & ideo invito tutori vel Curatori non defertur juramentum affectionis. *L. 4.*

h. t. Setser. de jurament. c. 4. n. 5. Wesenb. in π. n. 4. Don. l. 26. c. 7. in fin.
Umm. d. disp. n. 9. Causa igitur juramenti in litem affectionis est præ-
sens vel præteritus dolus post judicium acceptum admissus, & deinde
affectio ad rem, sed in juramento veritatis difficultas probationis, re
jam perempta & non apparente. *Don. l. 26. c. 9. & ibi Hill. lit. A. B. & C.*
42 Sed ne in infinitum Actor æstimare possit affectionem suam, ideoque
solet Judex ipsi certam quantitatem determinare, vel ipsius æstimatio-
nem moderari. *L. 4. §. 2. & seq. & L. 5. §. 1. de juram. in lit. Pruckman.*
43 *Vol. 1. consil. 2. n. 377.* Et eam taxationem judicis præcedere debere ju-
ramentum, ne jurans perjurium committat, docet *Rosbach. in Process.*
Civ. tit. 69. n. 8. Menoch. l. 2. A. Q. cas. 208. n. 5. Quos refert *Umm. d.*
disp. 20. n. 45. Carpz. d. const. 23. def. ult. quamvis, si sequatur taxatio
judicis, judex non arguere videatur perjurium, sed inordinatam affe-
ctionem, licet aliud in juramento veritatis. *Auth. Post jusjurandum.*
C. de judic. Panorm. in cap. fin. X. quod metus causa. Alias autem pars
æstimat rem suam, postea Judex moderatur, *Nov. 82. c. 10.* & demum
sequitur juramentum, quo æstimatio per moderationem deminuta
confirmatur, in quam condemnandus est reus, nec obstat *l. 68. ff. de*
Rei Vindic. quia verba (*nulla taxatione a judice facta*) ad verbum *ju-*
ravit, non vero ad verbum *damnandus* referuntur. *Donell. l. 26. c. 10.*
& ibi Hillig. lit. E. Sed si probari possit, fuisse illum nimium in æsti-
mando, vel si reus absque dolo desiit possidere, postea Judex minuere
damnationem, vel reum plane interdum absolvere potest, *L. 4. §. 3.*
de juramento in litem. & posset contrarium, (non quidem facile, *l. ult.*
d. t.) probari per instrumentum, *L. Admonendi. ff. de jurej. Donell. d. l.*
44 *Plotus §. 48. n. 22.* Forma deferendi est, ut per interlocutoriam defe-
ratur, hac formula solita: Möge und wolle Kläger schweren / daß er lie-
ber so viel Geldes verlieren / als das Seinige entbehren wolle / daß er als-
dann mit angedeuteter æstimation zuzulassen / und darauff erfolgen solle /
was Recht ist. *Umm. d. disp. 20. n. 24.* vel ita: daß die von Klägern gegebene
Posten auff 100. Th. zu moderiren / würde er nun solche moderirte
Summa eidlich erhalten / und daß er solche so hoch und nicht geringer
achte / schweren / so ist Beklagter sothane Summa nebst dem interesse
und Unkosten zu erstatten schuldig. Plura de hoc juramento apud
Plo-

Google

Plotum de juramento in litem, Obrechtum, Donellum, Ummium dd. ll. aliosque.

Huic simile juramentum est, quod Lex defert ei, cujus res spo- 45
liatæ, vel per vim ereptæ, qui, probata vi suas res ablatas, prævia taxatione judicis, ne pejeretur, cum hoc juramentum sit veritatis, juramento taxat per *L. Si quando. 9. C. unde vi. & c. fin. X. quod met. caus. Mascard. in proœm. q. 9. n. 11. & seq.* cujus causæ duæ: 1. difficultas probandi, & 2. odium diripientis, & hoc etiam in furto locum habet, *Panorm. in d. c. fin. n. 6.* & plures citans *Carpz. Pr. Crim. q. 78. n. 59.* & in rebus signatis depositis, sed resignatis restitutis. *Panorm. d. l. n. 7.* Et primo damnum datum esse oportet, ut tantum quantitas damni sit juramento asserenda. *Mynf. c. 4. obs. 12. & c. 5. obs. 71.* Et ad hoc juramentum etiam heres damni dati admittitur, si habet ejus notitiam, *Mevius p. 6. dec. 374.* Et forte sufficiet in odium prædonis, si spoliatus de credulitate juret. *conf. Hillig. d. l. 26. c. 6. lit. C.* Sed contra tertium non datur, *Gail. l. 2. obs. 64. n. 10.* v. g. Si contra Dominum territorii ageret ad resarcienda damna data a latronibus *Gail. lib. 64. n. 7. Koppen decis. 37. n. 13.* Jure Saxonico habent etiam juramentum Minorationis, quo is, qui per vim damnum alteri intulit, æstimationem ejus ab adversa parte factam præstare, vel eandem proprio juramento minuere tenetur. *Carpzov. d. art. num. 11. &c.* Pauperes etiam, qui ex officio judicis sibi Advocatum dari petunt, postquam de paupertate subscriptum testimonium exhibuerunt, paupertatis juramentum præstare tenentur, de quo *Carpzov. d. tit. 12. art. 5. n. 52. & seq.*

Demum datur juramentum *perhorrescentiæ*, quod præstat Actor, quo jurat, se non sperare a judice medio justa se consecuturum; cujus requisita sunt, ut 1. Actor hoc præstet. 2. ut non aliter ipsi prospectum sit jure communi. 3. ut probabiles causæ sint. 4. ut lis nondum sit cœpta. *Mevius p. 6. dec. 71. Rauchbarus p. 213. n. 31. Camill. Borell. tomo 1. tit. 56.*

CAPUT XXIV.

DE PRÆSUMPTIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex præsumptio & præsumptio juris & de jure.*
2. *Quæ præsumptio juris tantum.*
3. *Quæ hominis.*
4. *Una præsumptio altera fortior.*
5. *Alia divisio præsumptionum.*

1 ULtimo loco probationis vicem sustinent etiam præsumptiones, quæ variæ in Actis allegari, & deduci solent. Et vulgo quidem tres species, scil. 1. Juris & de jure. 2. Juris. 3. Hominis. *Prima* est, cum non tantum Lex præsumit, sed etiam disponit aliquid & constituit, ut aliter se habere non debeat, neque admittitur probatio in contrarium, quale exemplum est *in L. fin. C. arbitr. tut. cap. 30. X. de Sponsal. Menoch. l. 1. q. 43. Wesenb. de Probat. n. 14. Bachov. Vol. 2. disp. 4. th. 10. lit. C.* nisi per probationem erroris, aut per confessionem partis, aut notorietatem, aut ocularem inspectionem, vel indirectum contrarium probari possit, qua in re Dd. plerique consentire videntur, *Menoch. lib. 1. qu. 6. & qu. 63. n. 6. Guttierez. de tutel. part. 2. c. 1. n. 103. Afflict. dec. 13. n. 26. & Masc. concl. 1228.* Et hinc in foro conscientiæ, ubi non valent præsumptiones, sed homo certam habeat notitiam rei, poterit contra præsumptionem juris & de jure retinere rem, v. g. Tutor si sciat rem a se in inventarium bonorum pupilli relatam non esse pupilli, sed suam, licet retinere potest illam rem. Et heres non tenetur ultra vires hereditatis solvere, etiam si nullum inventarium, sine fraude tamen fecerit, donec scilicet in externo foro conveniatur. *Vid. Men. l. 1. de præsumpt. q. 8. Zas. ad Tit. Dec. & de præsumpt. n. 10. Mascard. concl. 1228. n. 70.*

2 *Altera* juris, potest etiam species probationis dici, sed quæ admittit probationem in contrarium, quod in aliis etiam præsumptionibus fit & licet ab onere probandi relevet, *L. 12. ff. de probat. & L. 16. C. eod. Pacian. lib. 2. de probat. cap. 8. Menoch. lib. 2. præsumpt. quæst. 33. Ummius disp. 13. numer. 55.* ob id tamen non potest simpliciter dici, eam probationem non esse, cum & de oculari inspectione dici- queat,

Google

queat, eam ab onere probandi relevare. Ideoque impedit hæc præsumptio paratam executionem. *Mev.p.4. dec.355.* Interdum tamen plures præsumptiones non devolvunt onus probandi in alterum, sed hoc operantur, ut is, qui præsumptiones pro se habet, ad ulteriorem probationem admittatur, ut circa expensas victus exemplum habet *Mev. p.4. dec.316.* Ad liberationem probandam, vel delegationem concludentes conjecturæ sufficiunt. *Mev. p.2. dec.240.*

Hominis præsumptio est, quæ in sana ratione, non expresso Legis textu fundatur, qualia exempla passim reperiuntur *in Menochio;* & hujus, ut & ejus, quæ in Lege fundata est, effectus est, ut probationis onus transferat in adversarium, *L. ult. ff. quod met. caus. L. Ab ea parte 5. ff. de probat. & Dd. passim.* vel adjuvet unius probationes, ut eæ prævaleant, *Menoch. d. Præs. l.1. q.79. n.3.* & juncta aliis potest delationi juramenti suppletorii causam præbere, *Men. d. l. n.5.* & plures præsumptiones concurrentes possunt facere plenam probationem. *Menoch. d. l.1. q.40. Masc. concl.1230.* 3

4 Et fieri potest, ut pro utraque parte litigante militent præsumptiones, quod experientia satis comprobat, ubi judicis est videre, pro qua parte validiores reperiantur probationes, nam præsumptio una alia est validior, eamque tollit, *Menoch. l.1. præs. qu. 26. & l.2. A. Q. casu 427.* præsertim si altera sit benignior. *L. Divus. 7. ff. de restit. in integr. L. Ob carmen. 21. §. fin. ff. de testib. Tiraqu. in L. Si unquam. verb. donatione largitus. n. 156. C. de donat. revoc. Surd. cons. 112. n.37.* Fortior etiam præsumptio est, quæ actum valere facit. *L. Quoties. ff. de Rebus dubiis.* Fortior illa Conjectura, quæ a substantia sumitur, *L. Non codicillum 14. C. de Testam.* potior est, quæ tuitur magis jure communi, quam speciali. Naturalis præsumptio prævalet accidentali, *l. 19. C. de Episc.* præsumptio pro reo est cæteris partibus favorabilior, Firmior ex possessione, quam ex naturali libertate, negativa potentior affirmativa, *Menoch. l. 2. A. Q. casu 472.* & præsumptio fundata in jure Naturali potior est, quam quæ in Jure Civili, *Menoch. l. 1. præs. q. 29.* potestque fieri, ut præsumptio hominis sit infirmior præsumptione juris. *Menoch. d. l.1. q. 30. num. 6.* Et una interdum pluribus validior. *Men. d. l. num. 5.*

Alii

Alii quatuor species ponunt, nam vocant præsumptionem 1. Necessariam, quæ est juris & de jure. 2. Aliam Violentam, quæ est juris. 3. Probabilem, quæ est Judicis vel Hominis. 4. Levem & temerariam, sicut distingvit Sereniss. Elect. Brandenb. *in Const. Pruten. l. 2. tit. 39. §. 3.* Violentæ autem varia exempla ibi adducuntur *d. tit. 39. art. 3.*

CAPUT XXV.
DE
DISPUTATIONIBUS ET ALLEGATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Quæ forma disputationis.*
2. *Abesse debet allegatio juris.*
3. *Initium faciendum ab eo, contra quem testes producti.*
4. *Præstare oretenus has disputationes fieri.*
5. *A cavillationibus dictorum testium abstinendum.*
6. *Scriptum salvationis & reprobationis conjungi possunt.*
7. *Terminus præclusivus partibus præscribendus.*
8. *Offerri possunt consilia prudentum.*
9. *Quando hæc offerenda.*

1 RECeptum est passim in omnibus judiciis, & in ipso judicio Cameræ Spirens. ut supra *cap. 20. in fin.* dictum, ut peracta probatione admittantur, si velint (possunt enim partes renunciare. *Carpz. de Process. tit. 15. art. 1. n. 33.*) ad disputationes & allegationes jurium mutuas, ita, ut Reus adversus probationes primus excipiat contra personas aut dicta testium, intra terminum a statuto definitum, ut in foro Saxon. 6. septimanar. a communicatis copiis, aut a tempore rei judicatæ computandarum, *Carpz. jurispr. for. p. 1. Const. 18. def. 6. & seq.* &, si hunc terminum labi passus est reus, admittitur tamen ad duplicam, si actor terminum replicæ labi passus sit, admittitur ad triplicam. *Const. d. c. 18. def. 12. & conf. idem Carpz. dec. 42.* Interdum a judice pro natura negotii definiendus, qui & pro negotii qualitate legalem terminum coangustare potest causa abbreviandæ litis, cujus rei testem experientiam allegat *Carpz. d. art. n. 34.* Huic exceptioni Actor per replicam respondet intra alium terminum Legalem vel Judicialem, Reus duplicat,

plicat, Actor triplicat, sicut supra Constitutionem Imperii *d. cap. 20. in fin.* allegavimus; ulterius autem, nisi gravi ex causa, non audiuntur
partes. In quibus partes ab allegationibus jurium inutilibus abstinere 2
debent sub pœna arbitraria, adeo, ut tantum in margine unum vel alterum textum, vel autorem in terminis terminantibus addere iis liceat, sicut constitutum in Recess. Imper. noviss. §. Zu der damahliger gründlicher/ ꝛc. ibi: Die Disputationes und allegationes juris aber/ welche mehrentheils die Sachen zu verwirren und schwerer zu machen pflegen/ also auch in facto selbsten/ was nicht zur Sachen dienlich/ mit einmischen/ sondern bey Straff nach Ermässigung übergehen/ iedoch ad marginem einen oder mehr textus juris oder bewehrter Scribenten/ welche in terminis terminantibus von den Sachen schreiben/ zu allegiren/ ꝛc. *Conf. Carpz. tit. 15. art. 1. n. 24.*

Quamvis autem Actori primum disputandum esse scribat *Speculat.* 3
d. disp. & alleg. §. Umm. disp. 18. n. 19. aliter tamen se habet ex constitutione Imperii, ubi Reus velis, contra quem probatio suscepta, primo excipere debet & alterius probationes infringere; quæ sententia jam dudum etiam in Electoratu Saxoniæ approbata, de quo *Carpz. d. art. 1. n. 37. & 42.* nam is, qui produxit testes, vel documenta, non potest testes, aut eorum dicta vel documenta sua defendere, nisi sciat, quid Adversarius iis opponat.

Utile autem esset, ut in causis non adeo arduis & levibus, & pauca 4
si instrumenta sint, non in scriptis, sed oretenus fiat hæc disputatio, sicut Sereniss. Electorem Saxon. hoc constituisse refert *Carpz. d. art. 1.*
num. 27. & seqq. Prohibitum etiam ab Electore Saxon. ne partes di- 5
cta testium cavillari, vel in sinistrum detorquere sensum vel acta priora sinistre allegare præsumant, sub comminatione pœnæ arbitrariæ. *Carpz. d. art. 1. n. 33.*

Si vero reus ad reprobationem admissus fuit, facit & hoc ad lites ab- 6
breviandas, ut Reus exceptioni suæ disputationem reprobationis factæ, id est, die Salvation-Schrifft/ annectat, & rursus Actor utroque munere defungatur. *Carpz. d. art. 1. n. 47.*

Quia vero partes sæpe sinunt abire terminum sibi ad responden- 7
dum datum, ideoque utile est constringere partes, ut sub pœna præ-

hh clusi

clusi in termino juris deductionem offerant, alias imposterum non audiendæ. v. g. Si Actor tempus excipiendi elabi passus sit, excipere amplius non potest, salvam habet tamen triplicam suam, ut tamen contra hanc, ne fraus fiat legi, Reus ultimam conclusionem habeat, & in modum duplicæ jura sua proferre queat, sicut hoc jure Saxon. receptum refert *Carpz. d. tit. 15 art. 1. n. 12. & seqq.*

8 Atque huc referuntur etiam consilia Sapientum sive Responsa JCtorum, quæ partes judici insinuare possunt, quod non tantum consvetudine receptum, sed etiam in Recess. Imper. de Anno 1654. d. §. Zu der damahligen gründlichen/ ꝛc. in fin. ibi: Wie auch rechtliche consilia und Berathschlagungen mit vorangesetzter facti specie und den rationibus dubitandi in Gestalt einer quasi relation zu übergeben erlaubet seyn; ex quo insignis cautela elucescit pro Advocato, ut postquam probationes publicatæ & in uno vel altero Recessu jura partium disputata, Advocatus Acta manualia ad Collegium JCtorum vel JCrum celebrem transmittat, & petat, ut consilium in forma quasi relationis communicet hoc modo, ut primo, proposita facti specie, actionis genus eruat, &, 2. an actio ejusque requisita satis probata, per rationes dubitandi & decidendi quærentem erudiat, & 3. si actio probata, an exceptio Rei probata, sc. sicut de referendi modo postea dicetur fusius, sicut talia consilia nonnulla in *Klockio passim* reperiuntur, ut *Vol. 1. cons. 29. Vol. 2. cons. 50. & alibi:* ut ita facilior relatio reddatur judici, & ne facile quid in Actis præteriri possit in referendo.

9 Et hæc consilia non tantum intra tempus disputationi præstitutum, sed etiam post conclusionem in causa, & in ipso inrotulationis termino offerri possunt, quia non indigent testium examine, nec pars actorum sunt, sed offeruntur tantum pro informatione judicis, *Marant. p. 6. tit. de Conclus. n. 2. Myns. cap. 6. obs. 56. n. 14. Monach. in pract. p. 13. c. 3. n. 5. Gail. l. 1. obs. 107. num. 13. Menoch. l. 1. A. Q. cas. 35. n. 21. Besold. Vol. 3. cons. 98. n. 97. Gilken. in Auth. Jubemus. C. de judic. n. 2. Umm. d. disp. 18. n. 21. in fin.* nunquam enim ante sententiam præclusa via probationibus juris. *Myns. Cent. 6. obs. 56. n. 14. seqq.* Sed si tamen consilia hæc in facto errent, non necessitant, neque etiam judex in ferenda sententia ea sequi tenetur per d. §. nup. Recess. ibi: Solche consilia

aber

by Google

aber weder in referendo noch votando Zil oder Maaß geben/ noch so viel das factum belanget/ einigerley Weise attendiret werden sollen. *Gail. d. l. Schrader. part. 26. de feud. sect. 14. n. 93. Cothm. Vol. 3. cons. 5. n. 26.* Si tamen pars adversa copiam consilii petat, judicis in arbitrio versari videtur, an deferre petito debeat, *Menoch. l. 2. A. Q. casu 175. n. 14. Gilken. ad L. 2. C. de Edendo n. 6.* cujus officii est providere, ne ob id lites protelentur, præsertim si causa non adeo diffusa & dubia, &c.

CAPUT XXVI.

DE CONCLUSIONE CAUSÆ.

SUMMARIA.

1. *Quid sit Conclusio, & an necessaria.*
2. *Quid in causis summariis.*
3. *Interdum fit ex officio, & n. seq.*
5. *Procurator cum speciali mandato concludit.*
6. *Alia conclusio expressa, alia tacita.*
7. *Quæ tacita.*
8. *Quædam est super puncto incidente, vel emergente.*
9. *Effectus conclusionis.*
10. *Judici nunquam concluditur.*

COnclusio causæ est Actus Judicii, quo omnibus ulterioribus pro- 1
bationibus & defensionibus renunciatur. *Scacc. l. 2. de judic. c. 12. n. 16.* Et hanc de necessitate judicii non ita esse, ut ex omissione ejus nullitas colligi possit, tradunt Dd. *Gail. l. 1. obs. 107. n. 1. Mynf. Cent. 3. obs. 17. Camill. Borell. T. 2. dec. tit. 26. n. 16.* Sed in *Cam. Spir.* secus, *conf. Mev. p. 1. dec. 78. n. 8.* licet *Umm. in disp. 19. n. 1* substantialem Actum esse velit; Sed distingvendum puto inter conclusionem expressam & tacitam. Hæc fit, quando ex allegatis apparet, quod partes priora tantum repetant & nihil novi allegent, ut ita nulli ulteriori probationi locus. Nam si pars reservet sibi productionem documenti, & judex vellet sententiam ferre, esset præcipitantia & nullitas. *Wammes. Vol. 1. cons. 115. n. 5.* Sed in Ordinationibus variorum judiciorum solet expressa conclusio requiri. *Dn. Richter. ad Auth. Jubemus. C. de jud. n. 19.* Et conclusio in Actis debet notari. *Christin. Vol. 6. dec 90. n. 2.* In quibusdam judiciis licet in scriptis concluserint, tenentur tamen etiam oretenus concludere.

2 Hæc autem conclusio non est necessaria in causis Summariis. *Clem. Sæpe.* sicut Dd. citat *Camill. Borell. d. tit. 26. n. 12. Umm. in disp. 19. n. 10.* Sicut in causa matrimoniali causa sæpe pro conclusa solet haberi, quando sententia pro eo ferenda, qui nondum conclusit.

3 Fit autem hæc conclusio regulariter a partibus: Sed si pars una vel etiam utraque nolit concludere, poterit judex ex officio causam pro conclusa acceptare, si sufficientes dilationes partibus dederit, *Gail. d. obs. 102. n. 2. Mynf. d. obs 107. in fin. Panorm in C. Pastoralis. de caus. poss. & propriet. Mev. p. 5. dec. c. 413.* ne alias partes justam habeat causam appellandi. *Borell. d. tit. 26. n. 30.* Et tunc sententia initio ita formari solet, und wird die Sache hiemit ex officio für beschlossen angenommen/und ferner erkant/ꝛc. Quod Jure Communi Civili tunc locum habet, quando pars una conclusit, & altera pars prætendit, se habere aliquid, quod allegare possit, tunc enim mensis spatium ipsi adsignatur, post illum mensem alius indulgetur mensis, deinde tertius, si in isto non concluserit, causa pro conclusa habetur. *Nov. 115. c. 2. Donell. l. 24. c. 6.*
4 *Umm. d. l. n. 8.* Sed hoc tempus hodie non observatur, sed partibus auditis solet judex concludere, ita tamen, ut eatenus judex concludat, quatenus partes concludere debuerunt: nam interdum in certo puncto concluserunt partes, vel concludere debuerunt, *Mev. p. 2. dec. 265.* nam judex conclusionem excedens nulliter processit. *Mev. d. l.* Si autem causa agatur per Procuratorem, requiritur ad id speciale manda-
5 tum. *Ord. Cam. part. 3. tit. 23. §. Es soll auch.* Quia conclusio est species renunciationis, quæ per alium sine speciali mandato fieri nequit, sed præstaret, ut in mandato ad totam causam in specie fieret mentio conclusionis, & hoc in omni mandato requiritur.

6 Est autem vel Expressa vel Tacita. Illa his verbis fit: Ich setze diese Sache zur Erkäntnüß; oder/will hiermit zum heilsamen Urthel beschlossen haben; & simil. Hæc autem expressa Conclusio est vel Pura vel Conditionata: Hæc est, quando additur clausula *si quid facti*, qua clausula sibi quis reservat probationem, si factum aliquod occurrat probandum, cujus clausulæ virtute conclusio rescindenda. *Gail. d. obs. 107. n. 9.*
7 *Umm. n. 4. Borell. n. 80.* Tacite fit conclusio, quando partes priora repetunt, & ex circumstantiis apparet, nil nisi sententiam judicis restare,

Umm.

Umm. d. l. n. 3. *& seq.* si judex ad inrotulationem, vel sententiam audiendam partes citat post terminum lapsum, *Men. l. 1. A. Q. cas. 35. n. 6.* adeo, ut tempus in arbitrio judicis positum sit, *Men. d. l.* nam citatio ad sententiam supplet locum conclusionis, & ei æquipollet. *Borell. d. l. n. 4. & seqq.* Et cum in plerisque bene constitutis judiciis modus allegationum partibus sit statutus, nec triplica aut quadruplica ulterior recipiatur, hac illata, videtur tacite esse conclusum, ex mente *Hillig. lib. 24. cap. 25. lit. G.*

Alia etiam Conclusio tantum est circa Actum aliquem judicii per 8
interlocutoriam sententiam definiendum, alia vero in tota causa. *Ummius d. l. n. 5.*

Effectus ejus est, ut si pure facta sit, novæ probationes admitti non 9
debeant, *C. Cum dilectus. 9. X. de fid. instrum. Nov. 90. cap. 4.* licet in Criminalibus in defensionis præjudicium nunquam concludatur, *Gail. d. l. n. 11. q. 75. c. 5. n. 264. Menoch. d. l. n. 22.* vel in matrimonialibus, *Gail. n. 12. Far. n. 263. Borell. n. 67.* Item in causis Ecclesiæ & pupillorum. *Umm. d. disp. 19. n. 13.* Potest etiam pars ex causa ætatis restitui, *Odd. de Restit. qu. 65. art. 1. Far. n. 271. Borell. n. 57. Menoch. n. 19.* vel si nova instrumenta, nulla culpa producentis occultata præcedente, se offerant, *Gail. d. l. n. 10. Borell. n. 49. & seqq.* vel novi testes, qui antea absentes fuere, sint examinandi, *Far. d. l. n. 260. Pruckm. vol. 2. cons. 21. n. 174. seqq. Borell. n. 89. Donell. l. 25. c. 17. lit. D.* quemadmodum etiam privilegiatas probationes, scil. ocularem inspectionem, juramentum suppletorium, confessionem partis, & simil. post conclusionem fieri posse supra diximus. Formulam proponit *Dn. Richter. ad Auth. At qui semel. C. de prob.* Wie die probatio per ocularem inspectionem dermassen in Rechten privilegiret/ daß sie auch/ nachdem in der Sachen geschlossen/ begehret werden kan/so ist Beklagter seines Einwendens ohnerachtet sich zu gestellen schuldig/ ꝛc. Sic etiam, si testes antea sine juramento, aut interrogatoriis examinati, & novum examen post conclusionem petatur. *Richter. d. l. n. 7.*

Sane judici nunquam concluditur, qui semper ex officio rescinde- 10
re conclusionem potest, quia conclusio est mera interlocutoria, quæ per judicem retractari potest. *Scacc. d. cap. 12. n. 28. & seq. Cravett.*

hh 3 *cons.*

conſ.144.n.7.& conſ.714. num.4. Gail. d. obſ.107.n.5. Borell. d. l. n. 66. & ſeqq.

11 Concluſio enim a partibus facta adſtringit quidem partes, ſed non judicem, ut non ex officio poſt concluſionem ob publicam utilitatem, & promovendum Proceſſum ad finem quærere, vel depoſitiones formare, vel dubium movere poſſit, *Gilcken. ad d. Auth. n.1 Farin. d. l. n.266. Menoch. n.10. Borell. n.47. & ſeq.* quod etiam expedire ſupra diximus, ne ſuper actis imperfectis, aut ubi unum vel alterum dubium ſuperſit, ſequatur ſententia interlocutoria, quæ poterat eſſe definitiva, ſi cognitio ſuper facto plenior a judice fuiſſet adhibita, &c. Sic poteſt judex injungere partibus, ut in actis allegata documenta producant ante transmiſſionem, *Mev. p. 2. d. 485.* vel ulteriores probationes vel declarationes exigere poteſt. *Mev. p.3. dec. 400.* Et, quando videt ſubmiſſionem eſſe ineptam, poteſt injungere parti, quod juſtum eſt. *Mev. p. 4. dec. 120.* Si autem judex præpoſtere concludat, pars poteſt appellare. *Mev. p. 5. dec. 240.*

CAPUT XXVII.
DE
SENTENTIÆ CONCEPTIONE.

SUMMARIA.

1. *Quid ſententia.*
2. *Quotuplex*
3. *Quæ forma & occaſio interlocutoriæ.*
4. *Interlocutoria mutari poteſt a Judice.*
5. *Quando Conſilium Collegii Juridici requiritur.*
6. *An proteſtatio contra aliquot Collegia ſemper admittenda.*
7. *Conſilia a parte quæſita judici nominanda.*
8. *Reviſio & Inrotulatio Actorum.*
9. *Annon in literis Judex ſtatum quæſtionis delineare poteſt.*
10. *Pro ſua informatione judex requirere a JCto vel Advocato aliquo conſilium poteſt.*
11. *Qua cautela utitur Judex in publicanda ſententia.*
12. *In concipienda ſententia omnium vota requirenda.*
13. *Quid ſi vota paria.*
14. *Abſit præcipitantia.*
15. *Quomodo ex genere actionis & exceptionibus elicienda ſententia quod exemplis declaratur, & n. 16. & 17.*
18. *Quid ſi inepta actio propoſita.*

19. Sen-

Digitized by Google

19. Sententia libello conformis esse debet.
20 An rationes decidendi addendæ, & n. 21.
21 An Collegium Juridicum parti petenti edere debet rationes, quod declaratur n. 23 & seqq.
28. Sententia continere debet condemnationem aut absolutionem.
29. An Judicis, actoris, & rei, item Procuratoris nomina sint in sententia exprimenda.
30. Sententia debet esse certa, ut natura actionis patitur, & n 31.
32. Quando sententia potest esse alternativa.
33 Absoluta esse debet sententia.
34. Quando conditionalis potest esse sententia. ab hoc n. usque ad n. 42.
43. Annon conclusio rescindi & una pars ad ulteriorem probationem admitti possit.
44. Quomodo sententia publicanda.
45 Emanense altera parte in contumaciam publicatur.
46. In scriptis publicanda exceptis in vilibus causis. n. 48. 49.
50. Locus sententiæ ordinarius vel extraordinarius, & n. seq.
52. Tempus est diurnum.
53. Et dies præfixa.
54. Hora in Actis scribenda
55. De Sententiæ declaratione, & n. seqq.
62 Jus facit inter partes
63. Quæ sententia non transeant in rem judicatam, & n. seqq.
68. An super incidente puncto sententia transit in rem judicatam, & n. seq.
69. Sententia lata super exceptione prohibet, ne reus super ea exceptione, agendo experiatur.
70 Quid in sententia super compensatione, & n. seq.
72. Sententia mere absolutoria, an in rem judicatam transit.
73. Sententia tertio non præjudicat.
74. Ejus regula exceptiones, & n. seq.
76. Sententia ex falsis testimoniis lata, est nulla.
77. Idem si ex falsis instrumentis.
78. Victus in Expensas condemnandus, & n. seq.

FInis tandem processus primæ instantiæ est Sententia, quæ est pro- 1
nunciatio judicis, qua controversia judicialis definitur.
Duplex autem est Sententia, Interlocutoria, & Definitiva. Illa est 2
pronunciatio Judicis, quam fecit judex inter principium causæ & sententiam definitivam super dubio emergente, vel incidente. *Camill. Borell. Tom. 2. dec. cap. 29. n. 4. Cardin. Tuschus concl. 110 & aliquot seqq. Hill. in Don. l. 27. c. 1. lit. D.* Et alia dubia emergentia a Judice statim 3
decidenda, vocatis extra ordinem ad id partibus, vel eorum Procuratoribus, vel per modum decreti, prout Judici visum fuerit, Incidentes autem

autem quæstiones non opus habent expressa decisione, nisi substantiam judicii concernant, vid. *c. 12. n. 8.* & ideo in negotio, quod parvi præjudicii est, parte non citata ferri potest, *Marant. tit. de Sentent. n. 11. Gail. l. 1. obs. 109. n. 2.* quod immerito in dubium vocat *Umm. disp. 19. n. 18.* etiam sine scripto, *Marant. d. l. n. 12. Umm. n. 19.* vel etiam committere potest partibus, quando quæstio non est parvi præjudicii, ut alternis scriptis desuper disputent partes, & submittant se decisioni ju-
4 dicis. Quia tamen hic ex præcipitantia peccari solet, ideoque talis sententia interlocutoria semper mutari potest a judice, quia non est defunctus officio suo Judex, ut id fit, quando sententiam definitivam tulit. *L. Quod jussit. 14. ff. de re jud. Moller. l. 4. Semestr. c. 1. n. 12.* & quos allegat *Hill. l. 27. c. 5. lit. E & Umm. d. disp. 19 n. 21.* Et illa reformatio fieri potest etiam a delegatis judicibus & arbitris. *l. 19. §. fin. ff. de Arbitr.* Et licet partes hanc reformationem petere tantum possint, intra decendium, ex sententia Doctorum, ex officio tamen semper putant emendationem concessam esse judici, *Zasius ad d. l. 14. §. 31.* modo a partibus illa non sit approbata. Sed limitatur hæc sententia, nisi 1. per sententiam interlocutoriam finiretur officium Judicis, ut si se incompetentem dixerit, vel 2. vim habeat definitivæ, v. g. si ab observatione judicii reum absolveret, vel 3. sententia esset geminata, si partium consensu roborata, si in appellatione confirmata, si eum definitiva esset lata. *Vid. Umm. d. l.* Sed hic de definitiva proprie agitur, quæ etiam per sententiam proprie & in dubio intelligitur. *Vivius dec. 315. n. 1.*

5 Concipitur autem Sententia vel a Judice negotii, vel ab Extraneo consilium suggerente, *Schrader. de feud. part. 10. sect. 14. n. 57.* de qua transmissione Actorum peculiarem tractatum edidit *Henr. Renneman.* & alii egerunt hac de re passim, ut *Berl. p. 1. concl. 42. n. 26. & concl. 51. n. 87. H. Pist. p. 2. l. 36 n. 26. Dn. Tab. de Tort. ad n. 28.* sumptibus utriusque partis, si id fiat vel ex statuto, vel petente utraque parte, vel ex officio, *Schrader. d. l. n. 81. Menoch. l. 2. A. Q. casu 228. n. 23.* vel alterius tantum, qui id petit, *Schrad. n. 84. & Menoch. n. 22.* quas expensas tamen a succumbente recuperat. *Schrad. n 91.* quod si autem neglecta petitione pro transmissione Actorum, Judex ipse ferat sententiam, tunc demum appellare potest pars illa, si per sententiam læsa sit. *Mev. p. 4. dec. 335.*

So-

Solent autem partes contra unum vel alterum Collegium ex- 6
cipere; sed ex inanibus & futilibus causis, ut tantum eo longius
acta mittantur, & serius sententia pronuncietur; utiliter igitur
constitueretur, ut non attenderetur talis protestatio, nisi pars re-
cusans rationes alleget evidentes, cur illud collegium sibi sit suspe-
ctum, quia malitiosa & calumniosa recusatio contemnenda, argu-
mento eorum, quæ in simili habet *Lautellot. de Attent. part. 2. cap.
9. num. 17.* Alias ad Processum citius finiendum faceret, si ad proxi-
mum Collegium, cui jura & statuta provincialia nota, mitteren-
tur, nam ita & temporis & sumptuum haberetur ratio.

Quia vero illud Collegium, quod uni litigantium parti consilium 7
suppeditavit, suspectum est alteri parti, *Marant. part. 6. de Appell n. 52.*
& quos allegat *Schrader. d. l. n. 20.* ideo huic periculo duplici via ob-
viam iri potest, vel ut jubeantur partes ante inrotulationem judici si-
gnificare, quorum Sapientum vel Collegiorum consilio & opera quis
usus sit in illa causa, ut eos judex præterire possit, *Schrader. d. n. 20.*
licet ipse dubitet *n. 29.* vel possunt Acta transmitti ad Collegium, ea
conditione in literis expressa, ut, si collegium de causa hac ab una parte
consultum fuerit, illique responderit, Acta integra & non aperta sta-
tim remittantur, vel si unus ex collegio consultus, operam suam nava-
verit uni parti, is a deliberatione & voto pro hac vice abstineat. Postea 8
revidentur Acta a partibus, & cum actis manualibus conferuntur, &
si quid desit, suppletur, adduntur Protocolla judicialia, ut supra dixi-
mus, & demum inrotulantur & consignantur, ne actis aliquid
dematur, vel addatur heterogenium, *Schrad. num. 31.* & sic trans-
missio ut plurimum fit insciis partibus ad Collegium aliquod, nisi
utraque pars in Collegium certum compromiserit. *Schrader. d. l. n.
38.* Solent etiam Judices diligenter ex Actis elicere puncta, quæ in 9
controversiam veniunt, & ea in literis ad Collegium datis recense-
re, ut Collegium eo minus a vero controversiæ statu aberrare, nec
unum adeo membrum controversum negligere, & ita nullitatem
non committere possit per *L. In hoc judicium. 27. ff. Fam. ercisc.* &
hæc puncta præsentibus partibus elicere non foret inutile, *Schrader.
d. l. num. 54.* quamvis raro hoc fiat, teste experientia. *Schrader d. l.*

Sed causæ merita in literis tractanda non sunt & cavendum, ne aliæ missivæ a partibus una transmittantur. *Cothmann. vol. 3. cons. 5. n. 2. 7. & 23.* Nec in missivis referenda est consvetudo loci controversa, aut sententia statuti dubia, sed si consvetudo certa & statutum indubium, ideoque citra præjudicium partis missiva reparanda. *Mevius p. 3. dec. 40.* Ideoque scio, interdum observatum, ut locus, ad quem Acta transmittenda, tunc demum cum porta egressus tabellarius, ei fuerit declaratus. Alicubi delegatos maxime Judices, ut & Ordinarios, si pro sui tantum informatione consilium requirant, acta etiam ad insignem Jurisconsultum transmittere, & consilium, quid pronunciandum sit, additis rationibus decidendi & dubitandi petere, ex *Klock. compilatis consiliis nonnullis* apparet. Faciunt ea, quæ habet *Sfort. Oddus qu. 10. de restit. n. 70. & Pruckm. vol. 1. cons. ult. n. 3.* Collegium Juridicum interdum Acta remittit, v. g. quando uni parti consulit, & id consilium in Actis reperitur, ut a Facultate hac factum memini; licet quando parti responsum, sed non ex voto, sed quid justum videatur, acta eo casu non remissa fuisse memini, cum hoc casu non dederimus consilium, sed potius, quid juris sit, exposuerimus. Postquam vero Acta cum Sententia remissa sunt ad locum judicii, a quo transmissio facta, debet judex citare partes ad aperienda & resignanda Acta, ut & publicationem Sententiæ, de quo *Schrad. d. l. n. 35.* & ante diem publicationis non debent resignari Acta, si tamen id fiat, non committitur nullitas. *Carpz. part. 3. dec. 243.* Hæc vero Consilia & Responsa Judicem consulentem non constringunt, quin deprehenso errore, ab ea sententia recedere valeat, *Menoch. lib. 1. quæst. 23. num. 5. & 11. & Schrader. d. l. num. 93.* nisi consilium ex forma statuti necessario sit requirendum, & sequendum, de quo casu loquitur *Lancell. de Attentat. part. 2. cap. 9. n. 12. & Mevius part. 3. dec. 231.* ubi tradit, si sententia a Peritis necessario petenda fuit, & hoc neglectum, quod nullitas committatur. Quin & revocatio transmissionis semel decretæ a judice fieri potest, *Lancellot. dict. l. num. 20.* per *L. Adprincipem. 22. ff. de Appellation.* & fieri solet, quando pars, quæ petit transmissionem, in solvendis sportulis moram nectit, vel quando utraque pars petit, ut ipse judex cognoscat, vel quod appareat, per calumniam transmissionem

nem esse petitam. Ne igitur Judex Sententiam ex consilio Sapientum erronee latam approbet, & litem suam faciat, duæ cautelæ videntur non inutiliter adhiberi 1. si in literis ad collegium missis, quibus consilium petitur, petat, ut Collegium rationes decisionis separatim in chartam conjicere, & separatim remittere velit, quo judex, nec non partes, & in eventum etiam futurus Judex scire queat, quid Collegium ad hanc decisionem commoverit, quod Collegium haud gravatim faciet & sine magno labore, cum etiam alias debent rationes decidendi in Collegii Archivo conservari, & judici requirenti communicari per *Recess. Imper. de anno 1654. §.* Ob auch schon die Urtheil / &c. *ibi*. Gestalt denn solche Collegia Juridica bey Abfassung der Urthel die ex facto genommene rationes decidendi allemahl kürtzlich auffzusetzen / und auff Erfordern des Judicis a quo, ohne Entgelt auszustellen schuldig seyn sollen / und sollen dieselbe in einer sonderbahren Truhen / etc. behalten werden. 2. Ut Judex actis apertis & resignatis jubeat discedere paulisper partes, & sententiam perlegat cum Adsessoribus, ut, si forte manifestus potissimum in facto error admissus, vel si conrta jura statutaria Provinciæ responsum, quo casu sæpe consilia Peritorum a Judice correcta esse, ut pote nulla, refert *Mev. P. 2. dec. 268.* vel si non omnia capita controversa decisa, vel alio modo nulliter, vel injuste pronunciatum, error is ante publicationem emendari queat, quod judicem facere posse & debere puto, si non sit statutum, quod consilia talia præcise sequi jubeat, præsupposita ea sententia, quod judex consilium illud, si præsertim erroneum esse videat, sequi non teneatur. *Menoch. d. l. 1. q. 23. n. 5. & 11. Pax. de Scala l. 1. de consil. Sapient. c. 20. & l. 3. c. 2. Schrad. d. l. n. 93.* Quamvis enim, qui JCtorum judicium & consilium secutus est, nihil libidine, injuria, aut pro affectu fecisse dicatur, *Decius cas. 400. n. 1. Cothman. Vol. 5. Resp. 38. n. 1. & seqq.* & judex peritorum sententiam non sequens, quamdiu ab illa justa discedendi causa non apparet, male judicasse, & gravasse præsumatur, *Mevius p. 2. dec. 261.* quia tamen consilium sine approbatione judicis nemini præjudicat, & ex approbatione & publicatione judicis demum vires suas acquirit, ideo judex iniquum consilium sequendo, ipse justitiam violat & ad Syndicatum tenetur, *Maurit.*

de restitut. qu. 48. num. 4. Quin etiam si Judex nec ex statuto, neque ex petitione partium transmiserit Acta, sed pro sua tantum informatione, tunc illud consilium judex plane non sequi, nec rationes, cur discedat, reddere tenetur. *arg. C. Cum olim. 7. X. de Arbitris. Conf. Lancellot. de Attent. p. 2. c. 9. n. 11.*

12 Si autem Judex ipse concipiat sententiam, quod utilius ob impendia transmissionis & moras evitandas esse, dicit *Mevius p. 5. decis. 359.* adhibenda etiam vota omnium adsessorum per *l. 39. h. t. l. 17. §. 2. de Arbitr. & l. 4. C. quando provocare non est necesse.* Non omnes vocandi, quia potuit non vocati præsentia, vel oratio cæteros in ejus sententiam pertrahere, *l. 17. §. fin. de Arbitris. Donell. lib. 27. c. 8.* & statur pluralitati votorum, *l. 27. §. 3. eod.* licet Collegæ dignitate sint impares. *Zas. in L. Pomponius. 36. h. tit. num. 15. Bachov. in Treutler. vol. 2. disp. 23. thes. 2. lit. C.* Sed quis ordo observandus? An incipiendum a Senioribus: an ab junioribus? Mores sustinent priorem, sed ratio posteriorem, nam novissime recepti non libere sua vota dicent, nec senioribus facile obloquentur. *Hilliger. d. c. 8. lit. C. Conf. Carpz. p. 1. dec.*
13 *82. n. 7. & seqq.* Si vero paria sint vota, in ordinariis judiciis & collegiis statur ei sententiæ, cui director judicii adest, vel illa summa retinetur, quæ minor, vel pro Reo militat, nisi favor causæ aliud velit, *c. ult. X. h. t.* ut libertatis, *l. 38. ff. h. t.* Testamenti, dotis, piæ causæ, fisci & similium. *Donell. d. c. 8. lit. D. Tiraq. priv. pia causa 147. & c. Zas. in L. Inter pares. 38. h. tit. n. 2. Camill. Borell. Tom. 2. decis. tit. 30. n. 38. & 311. Donell. l. 27. c. 8. Riccius collect. decis. 512.* In delegatis, delegantis requiritur declaratio *per l. 28. h. tit. Zas. & Dd. in d. l. 28. Borell. n. 305.* In Arbitris neutri statur sententiæ. *L. 17. §. 6. ff. de Arbitr. Bachov. d. l.*

14 Judex autem sententiam concepturus, causam debet plene cognoscere, *Clem. Pastoralis. h. t.* ne ex præcipitantia judicet, & nullitatem committat, *Tusch. conclus. 147. & 149. Borell. d. tit. 30. num. 104. Trentac. lib. 2. tit. de Judic. resol. 2. num. 1. & seq. Gabriel. de Sentent. concl. 9.* quod ex brevitate temporis præsumitur. *Borell. d. l. num. 108. Tusch. concl. 147. num. 1. Trentac. d. l. num. 4.* Si tamen de uno liqueat, de eo primum sententiam ferre potest, quæ partim definitiva, partim interlocutoria est, *Gail. lib. 1. obs. 61. num. 6. Borell. d. tit. n. 445.*

nam

nam si de parte liqueat, de ea pronunciare potest. *L. Quidam existimaverunt. 21. ff. de rebus cred.*

Debet autem post consideratam legitimationem personarum 15
ante omnia inquirere genus actionis, an reali, an personali quis actione
agat, vel an ex æquitate imploret judicis officium. Genus autem actionis ex conclusione libelli eliciet. *Dd. in L. Certi condictio. ff. de reb. cred. Gail. d. obs. 61. n. 13. Hondedaus. cons. 22. n. 32. seqq. vol. 2. Mynf. decad. 3. Resp. 25. n. 2. Meichsn. Tom. 4. decis. 2. num. 1.* Postea inquirantur re- 16
quisita actionis, & an omnia ab Actore sint probata, & ad factum applicata: Si non, absolvetur Reus; Sin actio probata cum suis requisitis, videat, an per exceptionem sit elisa, & an Exceptio etiam in Actis probata; si non, Reus condemnabitur, sin vero probata, videndum, an Actor hanc exceptionem eliserit per replicam; si hoc factum, adhuc contra Reum pronunciandum, nisi & ipse duplicando hoc elidat; sin non, pro reo pronunciandum, hoc fine omnes exceptiones, quas Reus hinc inde in Actis spargit, in unum colligendæ, ut & Replicæ, quam methodum referendi & concipiendi *Meichsner. Gylmann. Tilemann. de Benignis & alii Camerales in suis decisionibus & votis* passim
observant. V. g. Sempronius agit contra Annam ex fidejussione ma- 17
tris Mariæ, quæ, renunciatione SCti facta, pro Mævio fidejusserat, quod probatur ex instrumento subscripto, & recognito, ergo Actio probata, & sic est condictio certi ex stipulatu, cujus requisita præsertim in fœmina fidejubente ex instrumento legenti apparent. Anna excipit rem aliter esse gestam, & opponit exceptionem simulationis, nam Maria non pro Mævio, sed pro Titio marito suo fidejusserat, quæ fidejussio ipso jure nulla, & non aliter tenet, nisi jurato uxor renunciet *Authentica Si mulier. C. ad SC. Vellejan.* Rem autem ita se habere probat ex literis reversalibus a Titio datis Mævio, in quibus fatetur, pecuniam non a Mævio, sed a se mutuo acceptam, & ideo tantum Mævium nomen suum commodasse, quia Sempronius potius Mævio, quam Titio mutuo dare voluit. Ideo apparet exceptionem in jure, & facto esse fundatam. Quid igitur ad hæc Actor? Replicat ille, Mariam non semel, sed & postea agnovisse debitum, & se judicialiter obtulisse ad solutionem, & producit supplicatio-

Google

nem ejus nomine scriptam; Hic videtur replica deficere, nam licet allegata in facto possint probari, cùm tamen adhuc de eo dubium sit, an supplex libellus ipsius mandato scriptus, in jure tamen hæc replica deficit per *d. Auth.* ubi dicitur, non valere obligationem uxoris, licet sæpius fidem interposuerit. Ergo jam apparet, quid pronunciandum, scil. ream esse absolvendam, &c.

18 Sed quid si Actor in libello expressisset Actionem ineptam, vel inepte aliquid petiisset in libello, ex narratis tamen & probatis appareat, aliam actionem institui, aut aliam petitionem fieri potuisse tum quidem Reum absolvi, sed Actori aliam rationem aptiorem reservari posse, statuunt per *L. Habebat. 13. ff. de Instit. act. Klock. Vol. 2. conf. 43. num. 82.* Si tamen in libello clausula salutaris contineatur, de qua supra, quæ sane hodie in omnibus libellis addi solet, qua Actor sibi jus & justitiam administrari petit, hujus virtute omne id, quod Actori magis convenit, in judicium deductum videtur, & virtute hujus clausulæ Actor super non expresse petitis, sed quid peti potuisset, pronunciari petit, sicut & hoc diserte in libellis peti solet, ideoque tum Judex, ineptam petitionem ab Actore propositam prætereundo, ex aptiore actione Reum condemnabit, vel in id condemnabit, quod actor petere potuisset, quæ sententia etiam abbreviandis litibus favet, ne in plura judicia distrahatur, quod uno expediri potuit. *Gail. l. 1. observ. 66. num. 11. & seq. Sichard. in L. Properandum. 13. §. Sive autem alterutra. n. 18. C. de Judic. Mynsing. Cent. 4. obs. 55. Dn. Carpz. de Process. tit. 16. art. 2. n. 43.*
19 *& seqq.* Ex quibus jam limitatur illa regula communis, quod Sententia debeat esse conformis libello & petitis, per *L. Ut fundus. 18. ff. Comm. divid. Carpzov. p. 2. const. 26. d. 8. Hillig. lib. 26. cap. 4. lit. A.* scilicet quod vera sit regula in his, quæ pars expresse vel tacite petit, sed si plane contraria petita sint, sententia ea nulla est, ut si petitio injuriarum sit civilis, sententia autem criminalis. *Mev. p. 1. dec. 181.*

20 Sed quæritur, *an Judex teneatur rationes decisionis suæ addere?* quod communius negant *Carpzov. d. tit. art. 1. n. 65. & seqq.* Imo nonnulli periculosum id esse, magno errore autumant, & fatuum eum judicem esse statuunt, *post Imolam Caval. q. 718.* Exceptionem

nem ſtatuunt in eo caſu, quando Judex a diſpoſitione Legis vel a Regula recedit, quo caſu eum teneri rationem exprimere, ſtatuunt *Dd. Menoch. l. 2. præſ. 71. num. 27. & Tiraq. Clarus, Vasquius*, quos allegat *Anguianus de LL. l. controv. 5. n. 45.* quem refert *Auguſt. Barboſ. ad L. 5. C. de his, qui not. infam. n. 5.* Idem, ſi judex compenſet expenſas, *Gail. l. 1. obſ. 151. n. 23.* idem in criminalibus. *Clarus §. fin. quæſt. 93. Gail. de P. P. l. 2. c. 6. n. 16. & ſeq.* & in abſolutoria ab obſervatione judicii. *arg. l. 13. §. Illo procul dubio. C. de judic. Gail. d. c. 16. n. 16.* Idem ſi fama ſit reſervanda, *Gail. d. l.* item quando ſententia diverſos effectus habet. *arg. l. 2. §. 2. ff. de his, qui not. infam. &c.* Præſertim id factum memini a Facultate Juridica Ingolſtadiana, quæ a duabus ſententiis recedebat, easque reformabat, additis in peculiari charta rationibus prægnantibus, ne temere receſſiſſe videretur. Et id a nobis ſemel atque iterum factum. Poſſe tamen Judicem rationem reddere, & ipſi ſententiæ inſerere, experientia docet, & ſua authoritate id comprobat *Carpz. d. art. 1. n. 74. & ſeqq. & part. 1. deciſ. 85. Maranta part. 6. tit. de Sentent. n. 50.* quia ſi juſta & ſufficiens ratio decidendi exiſtit, expreſſione ejus potius lites amputantur, quam protelantur, & niſi litigans, aut Advocatus ab honeſtate & Concordia plane ſit alienus, huic rationi acquieſcet, Si autem ambigua ratio, non ſunt vituperandi judices, quod veram rationem non occultent, nec correctionem pronunciati ſubmetuant ad exemplum veterum JCtorum *in L. 19. §. ult. ad SC. Vellej. & Lult. §. 3. C. de furt.* quas rationes allegat *Carpz. d. art. 1. n. 75. & ſeq.* Imo ſalubriter conſtitui poſſe puto, ut ſemper Judex, ſive in ipſa ſententia, ſive, quod magis placet, ut ſupra de conſilio Sapientum diximus, in ſeparata charta rationes deciſionis colligere teneatur, quia 1. pars victa rationibus convicta facilius cedet. 2. Si omnino velit appellare, partes in ſecunda inſtantia non omnia puncta, quæ in prima inſtantia odioſe diſputata, repetent, ſed de iis tantum rationibus diſputabunt, & ita lites minuentur. 3. Judex appellationis facilius & felicius inveniet, quid pronunciandum, dum rationes decidendi, quæ fuerunt fulcra primæ ſententiæ, ſcit, & eas examinare poteſt, alias ſemper dubius, quæ ratio primum Judicem moverit, quod experiuntur illi, qui acta perlegunt, & iis perlectis, 21

divi-

divinare coguntur, qua ratione motus fuerit judex a quo. 4. Et, si ratio inepta, expediret potius sententiam nullam dici, quam ut aliquis ex ea damnum indebite patiatur. *Conf. Nevizan. in Sylv. nupt. l. 5. n. 67. p. 559.* Et cum Judex ad petitionem partis & Collegium Juridicum petenti judici rationes reddere teneatur, prout experientia nuperi docet Recessus Imperii, cur id per ambages fit cum litis protelatione & impensis, quod statim sine magno labore, & ubi omnes circumstantiæ in recenti memoria sunt, fieri poterat?

22 Parti autem a Collegio Juridico, ex cujus consilio lata est sententia, non esse communicandas rationes, putat *Carpz. d. artic. 1. in fin.* quia tum consulentis vices gereret. Sed ratio illa mihi non sufficit. Aliud enim est consilium suggerere, & aliud rationes sui facti reddere. Et cur etiam Collegio non liceat consilium suggerere, & consulenti parti respondere, postquam semel concepit sententiam, præsertim pro sententia, cum etiam Judex primæ instantiæ, in secunda pro sententia postulare posit, per tradita & allegata *Hillig. l. 18. c. 3. lit. Nn.* Et, petente parte rationes a judice, solet judex eas petere a Collegio, & sic per ambages & sumptus idem potest pars consequi.

23 Quia autem supra dictum, sententiam debere esse libello & petitis conformem, porro alias hujus regulæ subjiciemus limitationes: nam regula illa non habet locum 1. quando in genere actionis non errat, sed veram actionem habet, sed non petit juxta Legem, v. g. Si agens *ex L. 2, C. de resc. vend.* petat simpliciter venditionem rescindi. *Pinell. ad d. l. 2. part. 3. c. 3. n. 12. Tusch. conclus. 135. n. 59. lit. S.* Sic, si inepta actio nominata, libellum non vitiat; *Carpz. P. 1. C. 2. D. 14.* nam quod non opus est, ut exprimatur, non reddit actum nullum: quod enim fit ex abundanti
24 licet inepte, tamen non vitiat *l. un. pr. C. de Rei uxor. act.* 2. Quod est petitis connexum ac virtualiter actioni inest, ac peti debuit, licet expresse non sit petitum, a judice tamen suppleri debet *Tusch. de conclus. num. 63. & 67.* Sic in actione negatoria & confessoria, licet actor non petierit cautionem de non turbando, tamen eam judex exprimere debet, ut vult *Carpzov. lib. 1. Resp. 70.* Sic in petitione hereditatis, licet fructuum nulla facta in libello mentio, in fructus tamen condemnabit judex Reum. *Hartmann. Pistor. obs. 102. & Carpzov. part. 1.*

Const.

Google

Const. 26. Def. 8. & d. tit. 16. art. 2. n. 16. & seqq. 3. In aliud, quam peti- 25
tum fuit, fit condemnatio, quando dolo aut culpa victi res perita, vel
deperdita, vel deteriorata; nam eo casu in æstimationem rei conde-
mnari potest. *L. Arbitrio. 18. §. 1. de dol. mal. l. 9. pr. ff. de condict. furt. de
quo Donell. l. 26. c. 5. & Umm. disp. 19. n. 32.* & quos ibi citat. 4. Quando 26
victus, quod facere debuit, non fecit, tunc enim victus ad interesse
condemnari debet, quod in omnibus actionibus contingit, in quibus
factum versatur, ut in Rei vindicatione, Actione ad exhibendum,
actione commodati, depositi, mandati, &c. *L. Qui restituere 68. de R.
V. & l. 13. de re jud. Umm. d. l. n. 33.* Demum 5. in criminalibus causis, 27
in quibus alias conclusio omitti potest, petitionem Actoris non atten-
dit judex. *Mynf. cent. 4. obs. 81.* Et ubi judex, sola facti veritate inspecta,
judicat, & in Consistorio principis, & ubi hac forma jurisdictio dele-
gata. *Tusch. d. l. n. 79.* Ex quibus omnibus colligitur, quando dicitur
sententiam debere esse conformem libello, potius de re petita, quam
de ipsa petitione esse id intelligendum. *Carpz. de Proc. d. tit. 16. art. 2.
n. 25. Tusch. concl. 132. n. 7. lit. S. Wammes. p. 1. consil. 202. n. 6.*

Substantialis autem forma sententiæ est, ut contineat *condemna-* 28
tionem, vel *absolutionem*, *L. 1. ff. de re jud.* sive expressis verbis, sive æ-
quipollentibus. *l. 5. §. 1. L. 59. pr. ff. h. t. Vantius tit. de nullit. ex defect.
Process. n. 92. Umm. d. disp. 19. n. 43.* Potest tamen & tenetur, pro re
nata Judex, si diversa sint in libello capitula, in uno Reum absolvere,
& in alio condemnare, adeo, ut, si unum capitulum plane prætereat,
sententia in reliquis sit nulla, nam absolutiones & condemnationes
in omnium persona faciendæ sunt, ut diximus in *L. In hoc judicio. ff.
Fam. herciscund. l. 4. §. 3. de except. dol. Tusch. concl. 134. lit. S.*

Exprimere etiam Sententia debet judicem, cujus tamen omissio, si 29
ipse modo Judex pronunciet, sententiam non reddit nullam, per ea,
quæ tradit *Carpz. de Process. d. tit. 16. art. 1. n. 48.* item Actorem & Re-
um, & Jure Civili quidem, si per Procuratores agatur, etiam nomen
Procuratoris, *L. 1. C. de Sentent. & interlocut. Cavall. qu. 418.* quod ta-
men in Jure Can. & in causis summariis non observatur, *Borell. l. 2. dec.
tit. 30. n. 396. Tusch. concl. 136. n. 27. & seq.* nec in Camera Spir. excepta
causa injuriarum, ut vitetur infamia, *Gail. l. 1. obs. 111. n. 2. Mynf. Cent. 6.*

 obs. 11.

obs. 11. & personarum illustrium per *L. pen. C. de Procurat.* Schwartzenthaler *de Protess. l. 3. c. 4. n. 12.* Consvetudine tamen in reliquis judiciis integrum est Judici vel in principalem, vel in procuratorem ferre sententiam. *Scacc. de Sentent. gl. 14. qu. 25. n. 73.* Sed *si principalis mortuus, an tunc etiam in procuratorem ferri potest sententia?* Resp. Si illam sententiam amplectamur, quod morte mandantis post litem contestatam contingente non finiatur mandatum, omnino in procuratorem potest ferri sententia. Ideoque hanc quæstionem superstitiosam vocat *Scacc. d. gl. 14. q. 26. n. 96. & seqq.* præsertim hoc dubio caret, si mandatum etiam in heredem mandantis directum ex *Noviss. Recess.*

30 Sententiam etiam certam esse oportet per *§. Curare. I. de Act. l. pen. & ult. C. de sentent. quæ sine certa quantit. l. 59. h. tit.* Sufficit tamen, si sententia per relationem ad aliud certa sit, *l. 7. §. pen. ff. de contrab. empt. l. 3. C. de Sentent. quæ sine cert. quantit.* id quod fit, si referat se ad locum, tempus, quantitatem prius determinatam, vel ad instrumentum, vel ad libellum, *Zas. in L. Aut Prætor. 5. §. Si judex. 1. ff. de re jud. Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 23. th. 3. lit. 8.* ubi cum Doctoribus asserit, sententiam, etiamsi se non referat ad aliud certum expressis verbis, si tamen ex Actis probatoriis (non assertoriis) constet quantitas, valere per *d. l. 3.* quæ etiam est Sententia *Tusch. concl. 108. n. 8. lit. S.* Sed si expresse se sententia ad Acta assertoria referat v. g. libellum, positiones, tunc sententia est valida, & ex Actis adsertoriis etiam declaranda. Sed si non referat, tantum ex Actis probatoriis v. g. ex Documentis sen-

31 tentia est declaranda. *Scacc. de Sentent. gl. 4. qu. 15. n. 13. & seqq.* Alias notum est, judicii vel rei petitæ interdum hanc esse naturam, ut non possit certum adjudicari, ut in judiciis universalibus, petitione hereditatis, & generalibus, scil. dotis, tutelæ. *L. 7. ff. Si pars her. pet.* Idem contingit in accessionibus, fructibus & usuris, *l. 3. C. de fruct. & lit. impens.* quorum certitudo ex Actis semper haberi non potest. Idem in

32 Expensis, teste quotidiana Experientia. Hinc nec alternativa debet esse sententia, nisi actionis qualitas hoc exigat, ut in *l. 2. C. de rescind. vendit.* vel ubi alias etiam reo competit inter duo eligendi jus, *L. 10. §. fin. de Jur. dot. l. 6. §. 1. de re jud.* de quo *Zas. in L. Ubi autem. 75. §. 8. n. 11. de V. O.* & in decretis. *Damboud. in tr. de Subhastat. c. 2. n. 37.*

Abso-

Google

Absoluta etiam debet esse sententia, id est, non conditionalis per 33
L. 1. §. Biduum. 3. ff. quando Appell. l. 37. ff. de Excus. tut. quod de extrinseca conditione, id est, quæ non est respræsenti cognata, non vero de intrinseca intelligunt. *Sichard. in L. Generaliter. 12. pr. n. 4. C. de reb. cred. & ibi Gilken. n. 5. Ant. Gabriel. tit. de Sentent. concl. 1. n. 7. Tusch. concl. 108. n. 2. lit. S.* Aliter autem & melius distingvitur, utrum condi- 34
tio in continenti impleri possit; aliud vero, si moram & cognitionem ulteriorem requirat. *Gabriel. d. concl. 22. H. Pist. obs. 119. num. 7. Carpz. part. 1. Const. 26. Def.* Illam conditionem sententia admittit, si v. g. juraverit, *Carpz. d. l.* Si autem conditio non possit in continenti impleri, sed judicis sententiam ulteriorem requirat, v. g. *Si probaverit*, tunc secus erit. Vel, melius forte distinguitur inter conditionem, quæ post se 35
sententiam aliam requirit, & quæ non. *Illa* v. g. *si probaverit*; hæc *si juraverit.* Unde conditio in sententiis adposita vel dicitur juris, vel facti. Illa est, quæ post impletam conditionem requirit tamen semper de sui natura cognitionem causæ. v. g. Si probaverit, quia judicis est dispicere, an illud probatum sit, vel non: Facti vero non requirit per se cognitionem causæ ulteriorem, v. g si juraverit actor, si purgaverit se juramento reus, si actor copiam documenti sub lit. A. per originale confirmaverit, si testes depositiones suas juramento confirmaverint, si legatarius viginti solvat heredi, si actor a sua parte satisfecerit contractui, vid. *Scacc. d. q. 15. per totum.* Sed & illam rationem pronunciandi, si probaverit, in praxi omnium fere judiciorum receptam esse, testatur *H. Pist. d. l. & Carpz. d. Const. def. 10. & de Process. tit. 16. art. 2. n. 61. & seqq.* Sed hæc sententia procul dubio in jure non est fundata, & ideo 36
eam recte rejicit *Vantius de Nullit. ex defect. Process. n. 112. & alii a Carpz. allegati*, vel ex hac unica ratione, quod sententia hæc non foret definitiva, qualis esse debebat, nam post probationem factam, quia in arbitrio judicis consistit, an aliquid probatum sit, vel non, nova requiritur sententia, & ordo judiciorum inverteretur. Deinde, si Actor pro- 37
baverit intentionem, Reus vero probationes exceptionis in promptu non habeat, quo casu talem sententiam admittit *H. Pist. n. 27. citatus a Carpz. d. def. 10.* hoc resultat exinde, Actorem etiam ad reprobationem, imo etiam ad probationem replicæ admittendum esse, & en! ergo ha-

bes novum Processum post sententiam definitivam, quod absurdum; ideoque eam pronunciandi formam præposteram & juris ac judiciorum formæ contrariam esse, non dubito, quamvis in causis vilibus tolerari possit. Sicut absurdam sententiam putarem, si absolveretur heres, si defensione sua se innocentem probaverit, & simil. Sane sub hac conditione sententia sæpe concipitur: *Si Actor Copiam instrumenti illius Originali confirmaverit, uti ad id etiam obstrictus est*, quia hæc con-
38 ditio in continenti impleri potest. Super expensis etiam solet probatio sub conditione requiri. Beklagter wird in die Unkosten vertheilet/ wann dieselben richtig liquidiret und erwiesen/ jedoch nach richterl. Moderation/
39 quia sententia incerta potest fieri super accessoriis in executione liquidandis, *Br. Bl. & Dd. in l. 2. de Sentent. quæ sin. cert. quant. Tuschus concl. 108. n. 24. & seqq. Gabriel. d. concl. 1. n. 24. & seqq.* quia non potuit moderatio expensarum fieri, nisi constet, quis victor sit. Sane si favor causæ requirat, ut una pars ad probationem ulteriorem admittatur, melius foret, conclusionem ex officio rescindere, & ad probationem
40 partem admittere. Sed hoc casu, quando causa est favorabilis, ut dotis, matrimonii, vel concernat pupillum, corpus pium, personas miserabiles, & similes, potest tolerari talis stylus: v. g. Würde die Kirche oder das Hospital die exceptionem transactionis besser/ als in Actis beschehen/ beweisen/ so ergienge/ ꝛc. Sic etiam, si judex conditionaliter quidem super causa principali pronunciet, sed ulteriorem cognitionem sibi reservet, würde Kläger erweisen/ daß/ ꝛc. so ergienge ferner/ was Recht ist/
41 quam formam tutissimam dicit *Carpz. d. art. 2. n. 71.* Sed ita non est definitiva, sed interlocutoria. Sane sub conditione juramenti non opus esse puto ita interloqui, & frustra sententias multiplicari, si ita pro-
42 nuncietur: Würde Kläger schweren/ ꝛc. so ergienge ferner/ was recht ist/ quia statim eventualiter ita pronunciari potest definitive, cum conditio statim impleri possit, sicut supra dictum *c. 23.*
43 Sed quid si appareat, alterutram partem suam intentionem nondum plene, imo ne quidem semiplene probasse, quæritur: *an probatio ulterior ipsi injungi, an vero sententia definitiva ferri possit?* Et quidem, si utraque pars definitivæ Sententiæ se submiserit, non putarem ulteriorem probationem requirendam esse: cum sententia definitiva feren-

… by Google

ferenda ſit, & in cauſa ſit concluſum; quamvis non negem, ob favorem cauſæ, aliamque cauſam urgentem, judicem ex officio concluſionem reſcindere, & ulteriorem probationem requirere poſſe, de quo *Gail. l. 1. obſ. 107. Cam. Borell. T. 2. dec. tit. 26. paſſim.* idque forte vult Colon. Jud. Ord. *tit.* Von Eröffnung des Urtheils/ ꝛc. §. *fin.* Denn darum iſt der Richterliche Proceß erfunden / daß ein jeder ſeine Nothdurfft vor dem Beſchluß/oder in der Appellation Sachen fürbringen ſoll/ damit die Irrungen einmahl endlich mit Recht entſchieden werden/ und nicht alſo ewiglich auff ſolche Fürbehaltniß anſtehen und hangen bleibe. Quia autem publicatio Sententiæ de ejus eſſentia, adeo, ut ſine ea nec nomen ſententiæ mereatur. *Carpz. d. tit. 16. art. 3. pr.* ideo perverſus eſt mos nonnullorum judiciorum, in quibus ſententiæ non publicantur, ſed ſcriptæ, partibus petentibus traduntur.

Publicanda igitur eſt Sententia rite concepta, & quidem nomine 44
Judicis, *Receſſ. Imp. de An. 1570.* §. In unſer Cammer-Gerichts-Ordnung/ ꝛc. citatis ad audiendam ſententiam partibus, *l. 47. ff. h. t. Gail. 1. obſ. 109.* cum adſignatione certæ diei. *Vantius de nullit. ex defect. citat. n. 56. Carpz. d. tit. 16. art. 3. n. 16.* alias ſententia non valet. *Mynſ. Cent. 3. obſ. 71. Camill. Borell. Tom. 2. dec. tit. 28. Tuſch. concl. 152.* In Camera tamen Spirenſi, & ubi generalis citatio ad totam cauſam recepta, hæc ſpecialis citatio ad audiendam ſententiam non requiritur, niſi ubi al- 45
tera pars poſt concluſionem in cauſa deceſſerit. *Gail. & Mynſ. dd. ll.* Si vero pars citata emanſerit, non opus eſt nova citatione, ſed inſtante parte comparente, ſententia publicari poteſt in contumaciam, ſicut hoc multis judiciorum Ordinationibus continetur. Si vero impedimentum plene probatum, retractanda eſt publicatio ſententiæ. *c. 18. X. h. t. & ibi Dd. Sichard. ad L. 1. C. Ex quib. cauſ. major.*

Debet autem Sententia definitiva in Ordinario Proceſſu lata in ſcri- 46
ptis publicari, & voce judicis ex ſcripto prælegi, *tot. tit. C. de Sentent. ex. brevic. recit.* quia ſententia eſt irrevocabilis, & error alias facile committi poſſet. Et, ſi aliter fiat, ſententia eſt nulla. *Scacc. de Sentent. gl. 12. n. 6.* Illuſtris autem judex per officium ſuum ſententias recitat, *l. 2. d. t.* ut in Camer. Spir. per Protonotarium præſente Prætore, vel Præſidum uno. *Hill. l. 28. c. 3. lit. L.* Imo in cauſis etiam ſummariis ſcri- 47

pturam necessariam esse, probatur ex *Clem. Sæpe. de V.S. Marant. part. 6. spec. tit. de Sentent. n. 17. Vantius de nullit. ex def. Process. n. 70. Hill. d. l. 28. c. 3. lit. I.* Verba enim dictæ *Clementinæ Sæpe.* (*prout magis placuerit*) non ad verba (*in scriptis*) sed ad ea verba (*stans vel sedens*) referuntur, & eadem ratio hic militat, sc. invariabilitas sententiæ. *Scacc. d. gl. 12. n. 16.* Et qui contrarium sentiunt, confundunt lites breves, leves & vilium personarum, cum summariis. Et ideo verius est, in matrimonialibus sententiam ex scripto recitandam esse. *Scacc. d. l. n. 19. Maranta p. 6. tit. de Sentent. n. 17. Hill. l. 28. c. 3. lit. I.* Unde errari sæpe videmus, quod hodie sententiam non ex concepta scriptura prælegunt. Unde sæpe fit, ut sententia aliter concepta, aliter pronunciata videatur, non sine magna multorum admiratione & stupore. Unde & in audientiis, in quibus causæ etiam graves cognoscuntur summarie, si omnino transactio locum non inveniat, & ex Recessibus partium appareat, quid pronunciandum, præstaret prius sententiam concipere absentibus partibus, collegialiter prælegere, emendare, (idque in Pomeran. Ordin. expressum: Wann nach der Audientz gemeine Bescheide zu begreiffen/soll der Verwalter in Gegenwart Unser und aller Adsessorn/ was auff einen jeden Punct sein rathsam Bedencken anzeigen/ folgends die andere darauff kürtzlich auch hören/ was geschlossen/ begreiffen/ und folgends ehe denn es publiciret/ anhören/ und einen jeden darzu sein vo-
48 tum reden lassen/ &c.) & ex scripto partibus publicare. Sed aliud in causis levibus, vilium personarum aut rerum, *Nov. 17. c. 3. Nov. 28. c. 3. & Auth. Nisi breves. C. de Sent. ex brevic. recit.* & in causis Clericorum
49 coram Episcopo. *Nov. 83. in præf.* Sed tutius ageretur, si sententia prius concipiatur, si autem causa multa capita contineat, & ita non statim concipi possit, omnino etiam publicatio differenda videtur.

50 Ferenda autem in loco judicii, Judice pro tribunali sedente, *l. 6. C. de Sentent. l. 59. ff. de Judic. Marant. d. tit. n. 72. Menoch. l. 1. A. Q. cas. 64. Carpan. ad statut. Mediol. vol. 1. c. 31.* exceptis nonnullis, quæ domi poterunt expediri, *l. 4. ff. de interrog. act.* de plano sella posita sive domi, sive in itinere, qui locus judicii momentaneus, *l. 4. §. 1. de inter. act. l. 18. §. fin. de Quæst. Wesenb. d. 23. th. 3.* partes autem ipsæ possunt circa locum prorogare jurisdictionem, *arg. l. 2. §. 2. ff. de jud.*

Christin.

Google

Christin. vol. 4. dec. 88. n. 16. de quibus intelligendum illud, quod jus
ibi sit, ubi Magistratus consistit juris dicendi causa, *Cujac. l. 4. obs. 11.*
Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 4. th. 1. lit. D. nisi cum Treutlero textum
ibi sollicitemus. Certum autem est, conventione partium, vel in casu 51
necessitatis, si locus minus tutus, vel ubi id consvetudo introduxit, sen-
tentiam etiam alio, quam in publico, loco ferri posse. *arg. L. Si ut pro-*
ponis. C. quomodo & quando judex &c. Menoch. d. q. 64. n. 4. Borell. d.
tit. 30. n. 76. & multis seqq. Illa vero levis est solennitas, quod judex se-
dens debeat ferre sententiam, *Menoch. l. 1. A. Q. cas. 61. Hill. d. l. lit. I.*
& ideo in summariis arbitrio judicis committitur, *d. Clem. Sæpe.* licet Ju-
re Can. exsurgat ex neglectu hujus nullitas. *c. ult. de Sent. l. 6. Sc. gl. 8. n. 5.*

Requiritur etiam tempus diurnum, non nocturnum, *L. 2. §. 31. de* 52
Orig. jur. Nov. 82. c. 3. c. Consuluit. de offic. deleg. nisi consensus partium,
aut consvetudo, aut necessitas diversum jubeant. *Cavall. qu. 870. Hill. d.*
c. 3. lit. P. Borell. d. tit. 30. n. 98. & seqq. Et quidem ea ipsa die ferenda 53
sententia, quæ sententiæ præfixa, nec ante vel post diem proferri de-
bet, *arg. L. Aut qui aliter. 5. ff. quod vi aut clam. Maranta d. l. n. 59. Bo-*
rell. d. tit. 30 n. 101. modo inde incommodum parti accedat, alias hæc
nullitas a Judice appellationis non attenditur, nisi gravamen inferat,
Mev. p. 3. dec. 240. nisi Judex ipse præsentibus partibus ob rei difficulta-
tem distulerit publicationem, quod probi judices facere solent, *Men.*
vol. 1. cons. 100. n. 273. aut consvetudine aliud non sit receptum. *Carpz.*
p. 1. dec. 47. Dies autem & hora sententiæ latæ accurate in Actis an- 54
notanda, *Carpz. lib. 3. Resp. 114. n. 19.* quia tempus appellandi currit de
momento in momentum. *Nov. 23. c. 1.*

Declarationem Sententiæ quod attinet, ea Jure Civili permissa per 55
L. Ab executore. & ibi gl. ff. de appell. & quidem declarari debet ab eo
judice, qui eam sententiam tulit, *arg. L. 20. & 21. pr. ff. de except. rei*
jud. Men. cons. 159. n. 9. licet *Sichard. in L. 1. C. de Sentent. ex brevic. re-*
cit. n. 50. inter majores & minores judices distinguat. Sed huic obstare
videtur, quod Judex jam functus sit officio suo, *l. 42. l. 46. & l. 55. de Re*
judic. ideoque distingvendum est, an Judex declarando aliquid addat,
vel deminuat de sententia, & tunc ei declaratio interdicta, *Scaccia de*
Sentent. gl. 14. qu. 17. n. 1. & seq. an vero verba dubia sententiæ inter-

pre-

pretetur, & hoc licet, quia qui declarat, nihil addit novi. *Gail. l. 1. obs.*
116. n. 3. Scacc. d. l. n. 30. & seqq. Conf. Christin. vol. 4. dec. 90. n. 6. & seq.
Sicut articuli post terminum declarari, testes autem post terminum ad
56 declaranda dicta sua citari possunt. Distinctio autem illa inter majores
& minores Magistratus, quia fundamento firmo destituitur, a Felino,
Baldo & quos citat *Scacc. d. l. n. 41.* merito refutatur. Nam si a Judice
municipali lata sententia, ecquis tandem, si obscura ea sit, eam inter-
pretabitur? Si autem sententia ex consilio Collegii Juridici lata, decla-
ratio ab eodem Collegio petenda est. *Mev. p. 1. dec. 110.* Debet autem
57 fieri semel juxta idem punctum. *Scacc. d. l. n. 52.* Debet autem ista de-
claratio fieri parte utraque citata, per communem regulam *in L. De*
unoquoque. ff. de re jud. & L. Nam ita. ff. de Adopt. Sichard. d. l. n. 51.
Pruckm. vol. 1. Cons. 14. n. 122. nam alias alteri læso, per eam declara-
tionem datur appellatio a die declarationis, *Scacc. d. l. n. 70.* quod a
multis male observatur, unde sæpius litigiorum nova tela. Et debet
declaratio fieri tantum in circumstantialibus, non in substantialibus,
Pruckm d. l. n. 118. Cardin. Tuschus concl. 133. lit. S. & quatenus id verba
obscura & ambigua dispositionis exigunt & requirunt, alias enim ubi
verba clara, ne quidem Principi liceret declaratione aliqua jus alicujus
lædere, *Cravett. cons. 338. n. 20. & hunc citans Pruckm. d. cons. n. 119. &*
seqq. Declaratione autem pendente non currunt fatalia, *Mevius p. 5.*
dec. 10. & non est opus appellare ante factam declarationem. *Mev. p. 5.*
58 *dec. 127.* Præcipue vero ex Actis interpretanda, *Carpz. l. 3. Resp. 97. n. 12.*
maxime ex libello & Actoris petitione. *Carpz. d. l. n. 14. Tusch. de Concl.*
59 *126. n. 22.* Unde sententia generalis ex petitione speciali est restringen-
da, *Vivius dec. 302. n. 1 & seq.* & ex actis probatoriis, *Molinæus Consil. 22.*
n. 2. & Klock. Vol. 1. Cons. 10. n. 549. Quod si ne sic quidem verus senten-
tiæ sensus elici possit, in dubio pro Reo potius facienda est interpreta-
tio, *Carpz. d. l. n. 7. & Tusch. d. concl. n. 51. & 60.* aut de eo, quod minus
est, intelligi debet. *Tusch. d. concl. n. 49.* Exemplum habet *Mev. p. 3.*
60 *dec. 344.* quod retulit *ad l. 5. ff. de Re judic.* Præsertim observandum,
sententiam ad ea, quæ in sententia expressa non sunt, nec necessario
ex ea inferuntur, extendendam non esse, nisi aliquid ex legis disposi-
tione, aut præsumptione inesse dicatur, aut quæ sunt de natura actus,
de

Google

de quo *Tusch. d. concl. n. 113. & seqq. & concl. 129. Borell. Tom. 2. tit. 30. n. 388.* 61
& seqq. Super accessoriis tamen, si Judex eorum non fecit mentionem,
eodem die sententiam suppleri posse, traditur *in L. Paulus. 42. ff. de re
jud. & ibi Dd. Sichard. ad d. l. 4. n. 57.* quia accessoria v.g. fructus expen-
sæ & similia, potestate in sententia continentur. *L. 35. §. 1. de Rei vind.*

Effectus sententiæ est, quod jus faciat inter partes, & præcise ei sit 62
parandum, per allegata *Carpz. de Process. tit. 16. art. 4. n. 4. & seqq.* ad-
eo, ut nec Princeps jus per sententiam quæsitum auferre possit, licet ad
audientiam, vel causam denuo cognoscendam condemnatum resti-
tuere possit, ne alter lucretur cum alterius damno. *Gravetta de Anti-
quit. temp. p. 1. princ. n. 13. Men. l. 1. A. Q. cas. 52. n. 4.* Et jus per senten-
tiam quæsitum potius ad jus civile, quam naturale referendum, ut ta-
men in casibus in jure permissis liceat condemnato præstando inter-
esse se liberare. *Carpz. d. l. n. 12. & seqq.* Ut in actione noxali, vel quando
quis ad factum condemnatur, vel quando res præstari nequit, vel
quando in litem juratum. *Carpz. de proc. tit. 16. art. 4. n. 12. & seqq.* Sed 63
excipiuntur quidam casus, in quibus etiam sententia per Appellatio-
nem non suspensa, non tamen transit in rem judicatam, ut 1. Si contra
matrimonium lata, *C. Lator. 7. X. de re jud.* quia de eo transigere non
licet, quia, ubi vitium sententiæ non est remissibile per partes, non
transit in rem judicatam. *Covarr. de matr. part. 2. c. 8. §. 12. & n. 27. &
seqq.* 2. Etiam pro matrimonio lata, si contra Canones, & producat 64
peccatum perpetuum. *Felin. in d. c. 7. n. 3. Gail. l. 1. obs. 112. n. 2. Conf.
Beust. de matrim. part. 2. c. 38.* 3. Quando ex consilio artificum, Chirur- 65
gorum, Obstetricum lata est sententia, ubi res ipsa certitudinem vix
admittit, ut de qualitate vulneris, virginitatis, *c. 14. X. de probat. c. 2. X.
de purg. vulg. Berl. part. 1. concl. 59. n. 43. & seqq.* quo pertinent ea, quæ
de oculari inspectione in materia finium, aliisque diximus. Aliud est, si
feratur sententia ex consilio Collegii Juridici, *Berl. p. 2. concl. 59. n. 4. &
seqq. Carpz. p. 1. Const. 26. def. 1.* ubi *def. 2.* id extendit, licet sententia
non sit publicata sub nomine judicis; & de sententia ex Architecti ju-
dicio lata constat ex *Nov. 7. c. 3. §. Scire autem. 2.* quod impugnari non
possit. 4. Sententia etiam posterior, si contra primam lata, & prior judi- 66
ci sit ostensa, non transit in rem judicatam. *c. 20. X. h. t. L. 1. C. quando*

Google

prov. non est necess. Est etiam sententia prior attendenda judici, si ex
actis appareat, licet non opponatur Exceptio rei Judicatæ, *Vultej. conf.*
Marp. 30. n. 271. vol. 2. Pruckm. conf. 24. n. 45. vol. 2. Hill. l. 27. c. 2. lit. I.
67 modo prima sit justa *Klock. conf. 45. n. 50. vol. 2.* 5. In genere sententia
omnis, nullitate manifesta laborans, nunquam in rem judicatam tran-
sit, *L. ult. C. de Sentent. ex brevic. rec. Clem. 2. §. Ut igitur. de sentent.*
Vantius de nullit. tit. quoties & intra quod tempus. n. 8. Conf. Axiom.
Barbos. loc pl. l. 16. c. 44. Mev. p. 6. dec. 30. & notorie nullam ipse judex
corriget. *Mev. p. 6. dec. 25.* Lapsu tamen 30. annorum valida fit senten-
68 tia, quia eo spatio omne jus agendi exspirat. Valet etiam sententia in
vim pacti, si uterque probavit. *Hill. in Don. l. 27. c. 6. lit. N. Mev. p. 3. dec. 112.*
6. Si etiam aliquid in articulis incidenter positum, vel in Actis allega-
tum, sed in libello Actoris hoc non habeatur, sententia super his inci-
dentibus punctis non habebit vim rei judicatæ. *Berl. l. 1. dec. 87 Carpz.*
d. art. 4. n. 64. Surdus conf. 189. n. 42. & quos alleg. Klock. d. conf. 10. n. 709.
Sed non abs re refragatur *Panorm. conf. 50. n. 3. l. 1.* cujus hæc est distin-
ctio: Aut de puncto incidenti summarie cognitum est respectu proba-
tionum, ut si petitis alimentis de filiatione cognoscatur, & tunc sen-
tentia non parit exceptionem rei judicatæ in puncto hoc incidenti, &
de hoc casu *Surdus, Klock. aliique Dd.* proprie loquuntur. Si vero super
negotio incidenti plene fuit cognitum, tunc aliud dicendum, nam, si
plene de incidenti puncto cognitum, ita, ut plenior cognitio non re-
quiratur, sententia in uno judicio lata, ut in possessorio, etiam in peti-
torio vim suam exsereret, *Tusch. concl. 175. d. 17. lit. S.* modo judex de
incidenti puncto cognoscere potuit. *Franck. de Clapper. p. 2. causa 64.*
69 *j. 2.* Quæ declaratio etiam exinde probatur, quod sententia lata super
exceptione impediat succumbentem Reum agere, V. g. qui opponit
exceptionem de non numerata pecunia, & de ea plene sit cognitum, si
succumbat, querelam postea movere nequit. *Tusch. concl. 177. n. 10. lit. S.*
Sic qui compensationis exceptionem opponit, si succumberet ratione
compensationis, agere non potest, *Tusch. d. l. n. 12.* nisi Judex dicat, se
non habere rationem compensationis, quod forte debitum sit illiqui-
dum per *l. 7. §. 1. ff. de Compensat. Carpz. p. 1. Const. D. 5.* Sic sententia in
possessorio, v. g. qua alimenta filio adjudicantur, non nocet in petito-
rio

Digitized by Google

rio & causa principali. *arg. l. 5. §. 9. ff. de Agnosc. lib. l. pen. ff. de his, qui*
sui vel alieni juris. Coler. de Alim. l. 3, c. 1. n. 8. Et ex d. §. probatur di- 70
stinctio illa, utrum Judex de debito, per quod compensatio facienda,
plene cognoverit, & illud non deberi pronunciaverit; an vero ut illi-
quidum non admiserit, ex quo distinctio Panormitani omnino pro-
batur, ideoque aliud erit, si super exceptione non sit plene cognitum,
vel ad alium effectum agatur. *Tusch. d. concl. 177. n. 41. & seqq.* Licet & 71
hoc addendum putem, si causa incidens in prima instantia definita per
sententiam, licet plenius probari potuisset, transire tamen in rem judi-
catam, si a certis punctis fuerit appellatum, & ab hoc puncto non, quia
in illis punctis non suspensis transiret in rem judicatam. Sententia et- 72
iam est mere absolutoria, qua scilicet non pronunciatum est de Jure
Rei, sed de non jure tantum Actoris, seu quando Reus ideo est absolu-
tus, quia Actor non probavit, sententia illa non obstante, denuo Actor
agere potest, & Reus exceptionem rei judicatæ allegare non potest.
arg. L. Si inter me. 15. in fin. ff. de Exc. rei jud. Surd. d. cons. 189. n. 40.
Cravett. cons. 503. n. 7. Menoch. cons. 795 n. 30. Tusch. d. concl. 175. n. 10.
Klock. vol 1. cons. 10. n. 107. & vol. 2. cons. 45. n. 35. & cons. 98. n. 43. Ve-
rum hoc limitat *Tusch. concl. 169. n. 7. & 10. lit. S.* nisi terminus perem-
ptorius ad probandum esset assignatus a judice.

Omnis sententia jus facit inter partes, tertio autem, qui in judicio 73
non adfuit, nocere, vel contra eum, ut res judicata allegari nequit, ob
regulam notissimam: quod res inter alios acta aliis nocere nequeat per
l. 2. C. quib. res jud. non noc. cujus regulæ limitationes sunt plurimæ,
quas videsis apud *Tiraqu. Tom. 5. oper. pag. 93. & seqq. Vasq. part. 2. con-*
trov. l. 2. c. 23. n. 15. Tusch. concl. 265. lit. R. quas omnes excutere propo-
siti nostri non est, præcipuæ vero sunt. 1. Si is, cujus primæ defendendi 74
partes sunt, ut Creditor pignus possidens, Maritus, & emptor, patiatur
secundum, v. g. debitorem, socerum, aut venditorem, agere, vel de-
fendere, *l. 63. ff. h. t.* de quo *H Pist. part. 4. qu. 29. n. 2. Zœs. in d. l. 63.* pro
more suo clarius id explanans *Bach. in Treutl. vol. 2. disp. 25. th. 5. lit. E.*
Carpz. l. 3. Resp. 17. Don. l. 37. c. 1. quod autem ad creditorem atrinet,
duplex est circa hoc exemplum legis lectio. Nam Florentina Editio
habet, quod creditor sit passus debitorem defendere dominium, *Vul-*

 gata.

gata autem, si debitor passus sit experiri creditorem: Utraque tamen
lectio retineri potest, *prima* ita, si debitor conventus sit ob id, quod
rem alienam obligaverit & dederit, *secunda* ita, si creditor rei vindica-
tione conventus, *Bachov. d. l. & H. Pist. d. l.* magis tamen placere vi-
detur *Secunda*; conferatur & de exemplis his *Cov. pract. q. 13. n. 17. Pe-
trus Barbos. in L. Quæ dotis. 34. n. 160. ff. Sol. matr. Klock. v. 1. cons. 56. pr.*
75 2. Si jus ejus, qui non egit, pendeat a jure ejus, qui egit, ut Legatarius.
*L. Papinian. 8. §. pen. ff. de inoff. testam. Cov. qu. Pr. 13. n. 6. Tusch. concl.
174. n. 25. Carpz. l. 3. Resp. 17.* Aliud exemplum in usufructuario. *Afflict.
dec. 396. Tusch. d. l. n. 4.* Aliud in Reo & fidejussore. *Tusch. d. l. n. 27.* In
quibus tamen omnibus exemplis communis limitatio; nisi per collu-
sionem, aut culpam litigantis sequior sententia sit secuta. *Tusch. d. l.
n. 64. 84. Ant. Fab. l. 7. Cod. tit. 22. def. 6.* 3. In causis individuis, *l. 4. §. 3.
ff. Si servit. vind.* quia sententia prædio lata, non homini, ergo prodest
aliis, sed si succumbat actor, hoc non nocet socius, *l. 19. d. t.* de quo *Ti-
76 raq. d. Tr. lim. 23.* Denique potest etiam res judicata impugnari, si te-
stimoniis falsis Judex deceptus, *l. 33. ff. h. tit.* & quamvis *Don. l. 27. c. 7.*
corruptionem requirat, communius tamen receptum falsitatem suffi-
cere post *Duar. ad d. l. 33. Hill. d. c. 7. lit. D. & Trent ac. l. 2. Pr. resol. tit.
de Sentent. resol. 3. n. 22. Vasq. part. 2. controv. l. 2. c. 36. n. 4. Conf. Od-
77 dus de restit. qu. 78. art. 5.* Idem & quidem multo magis est, si ex falsis
instrumentis sententia lata, *tot. tit. Cod. Si ex fals. instrum.* de quo *Don.
d. c. 7. & alii.* Sed illud quæritur: *an, sententia ex falsis testimoniis la-
ta, sententia sit ipso jure nulla, an vero per restitutionem in integrum
retractanda?* Et posterius placuit, quia restitutionis in lege ipsa fit
mentio. Obstare videtur, quod sententia a corrupto judice lata sit ipso
jure nulla, sed respondet *Scacc. de Sent. gl. 14. q. 32. n. 10.* quod detesta-
bilior venalitas sit in judice, quam in teste. Et, posita hac sententia,
intra quadriennium tantum dabitur hæc restitutio, *Scacc. d. l. n. 69.* nec
hanc dari, ubi aliud remedium ordinarium subest. *Scacc. n. 70.* Et ne-
cesse est, ut judex in sententia hac se referat ad attestata. Vel in actis
nullæ aliæ probationes sint, quam per testes. Manet igitur, senten-
tiam ex falsa causa latam, in effectu non valere. *Mev. p. 3. dec. 104.*

Sed

by Google

Sed & de Expensis ferri solet sententia, & quidem vel definitiva, vel 78
interlocutoria. Hæc ob contumaciam publicatur, etiam lite pendente,
contra contumacem per *l. 3. §. 2. C. de Judic.* Interdum ob retardatum
processum condemnatur alter, ut non audiatur, nisi expensas restitue-
rit. *l. 15. C. de Judic. Carpz. p. 1. C. 31. d. 26.* Sed per Definitivam regula-
riter victus in expensas condemnari debet, *l. 79. ff. de Judic. Auth. Post
jusjurand. C. d. tit.* quia temere litigasse præsumitur, de qua regula plu-
ribus agunt *Dd. alleg. ab. Hillig. l. 26. c. 3. lit. H. p. 1406. & Parthen. litig.
l. 2. c. 6. n. 11.* & tam ante litem contestatam, quam post factas, quia le-
ges non distingvunt, adeo, ut crebra compensatio expensarum utrin-
que factarum, merito in causa esse dicatur, cur malitia litigantium in
tantum excreverit, *Parthen. litig. d. c. 6. n. 15.* etiamsi non sint petitæ,
ut in Camera observari solet teste *Mynsing. cent. 4. obs. 55. Conf. Carpz.
part. 1. const. 31. def. 20. Klok. Vol. 2. cons. 66. n. 19. Hillig. l. 26. c. 3. lit. F. &
Dd. passim.* nisi justa ac probabilis utrinque fuerit litigandi causa tam
in Actore, quam Reo, *Gail. l. 1. obs. 152. Carpz. d. Const. 31. def. 26. Hillig.
d. lit. H.* qualem causam probabilem esse dicunt opinionem vel consi-
lium celebris alicujus Doctoris, *Guido Papæ dec. 277. Hill. d. l.* si relatio
non laboret vanitate, item semiplenam probationem, *Meichsnerus l. 1.
decis. 9. in fin.* quia credere potuit, se admissum iri ad juramentum sup-
pletorium. Sic is, cujus adversarius semiplene probavit, & ad juramen-
tum suppletorium admissus, non solet ad expensas condemnari, quia
victus dubitare potuit, an sit juraturus, *Carpz. P. 1. const. 31. def. 27.* vel
si quæstio in puncto juris admodum sit dubia, *Klock. cons. 3. n. 103. Vol. 2.*
non autem juramentum calumniæ, *Covarr. c. 27. Pr. qu. n. 1. Obrecht.
de Juram. calumn. c. 12. n. 13. Hillig. l. 2. 4. c. 3. lit. F.* quia aliud est ca-
lumniosa lis, aliud temeraria; nec bonam famam victi sugillat, *Marq.
Freher. de Existim. c. 5. n. 13.* quem laudat *Hill. l. 26. c. 3. lit. H.* adeo, ut
etiam appellatum victum non excusandum putent, si ex iisdem Actis
sententia appellationis lata, *Gail. l. 1. obs. 152. n. 4. Mynf. cent. 2. obs. 89.
Hill. d. l. Marta in ff. suis Tom. 1. tit. de Expensis c. 21.* nam si appellatio
justificetur, ex judicio posteriori succumbere videretur. Et expediret, 79
si judex remittens expensas causas peculiariter exprimere teneretur,
sicut supra diximus, licet communiter id non fiat. *Gail. l. 1. obs. 151. n. 23.*

Google

Hill.d.c.3.lit. G. Ideo victrix pars solet expensas liquidare, easque liquidatas judex moderatur, scil. extrajudiciales, nam judiciales adteruncium usque restituendæ, ut non tantum in foro Sax. de quo *Carpz. Part.1.Const.31.Def.8.* sed & passim observatur. In moderatione autem expensarum extrajudicialium habenda est ratio conditionis victoris & victi. Et deducendum, quod quis domi consumsisset. *Men. l.2.A.Q.casu154.* Nec ulla ratio habenda expensarum delicatarum. Sed quid de damnis ac interesse? Resp. si in documento earum restitutio promissa, omnino ea in sententia decerni, aut post sententiam peti potest jure actionis, alias vero officio judicis adjudicanda sunt hæc damna in sententia, de quo pluribus agit *Carpz.d.Const.31.def.6.& seqq.* quando delictum, vel contumacia, dolus, aut calumnia præcessit, nam expensæ ob temeritatem tantum debentur, *Mev.p.3.dec.128.* præcipue vero hæc moderatio, audita utraque parte, fieri deberet, una tantum citatione facta, per *Bartol. in l.3. C. de fructib. & lit. expens. Boer. dec.52.n.2.* quos allegat *Carpz.d.const.def.4.* licet aliter observetur.

CAPUT XXVIII.

DE

APPELLATIONIBUS.

SUMMARIA.

1. *Appellatio quid & quotuplex.*
2. *Jure Civili regulariter a definitiva sententia appellatur, non ab interlocutoria, nisi &c.*
3. *Secus Jure Canonico.*
4. *Hujus requisita, & n.seq.*
6. *Jus Can. sequuntur Saxones & alii, & n.7.*
8. *In Cam Spir. & Elect. Brand. sequimur Jus Civile.*
9. *Cautela, qua occurritur malitiæ appellantium ab interlocutoria, & n.seq.*
11. *In criminalibus etiam admittitur Appellatio, & n.12.*
13. *In causis matrimonialibus idem.*
14. *Quid in possessorio summario.*
15. *Non ab executione rei judicatæ.*
16. *Quid si appelletur a sententia super desertione lata.*
17. *Nec ab iis sententiis appellatur, quæ moram non patiuntur.*
18. *Nec ab iis sententiis, quæ certo Jure nituntur.*
19. *Nec, ubi certa summa appellantibus præscribitur, semper admittitur appellatio.*

20. An

Digitized by Google

20. An plures summa cumulari possunt ad fundandam Jurisdictionem Cameræ.
21. Quid de privilegiorum extensione in novissimo Recessu.
22. Nec a minimis admittitur appellatio.
23 Ipse litigans appellat.
24. Vel procurator.
25. Interdum tertius.
26. Quid hic requiratur.
27. Interdum tertius vel colligans adhæret appellationi.
28. Qui renunciavit tacite vel expresse, non appellat.
29. Nec contumax.
30. Nec confessus.
31. Nec qui bis appellavit.
32. Ab omni Judice appellatur, etiam delegato.
33. Clausula (remota appellatione,) effectus.
34. A Principe non appellatur.
35. Nec ab eo, qui privilegium de non appellando habet.
36 Appellatur regulariter ad superiorem, non parem, nisi ex pacto vel statuto.
37. Ad quem a subdelegato Judice appelletur.
38. An a Commissario Cæsaris ad Cæsarem vel ad Cameram.
39. Gradatim facienda appellatio.
40. Nisi intermedius deneget justitiam.
41. Alia exceptiones regula.
42 An viva voce appelletur?
43. Semper autem interponenda intra decendium. Quod est tempus continuum sciens.
44 Et curris a momento in momentum.
45. Quod etiam adhærere volenti observandum.
46. Idem spatium, si a sententia conditionali appelletur
47 Si gravamen continuum ac successivum, etiam post decendium.
48. Contenta schedula appellationis, & n. seq.
50. An nomen judicis ad quem exprimendum?
51 Quid si ambo ad diversos appellent.
52 A conviciis appellans abstineat.
53. Insinuanda est schedula ipsi judici, aut in subsidium Notario.
54. A rejectione denuo appellandum.
55. Judicis non recipientis pœna.
56. Frivola non est recipienda.
57. Petendi Apostoli.
58. In termino designato compareat Appellans.
59. Judex Apostolos denegare nequit.
60 Qui non petit Apostolos, causa cadit.
61. In Apostolis certum tempus præscribitur, intra quod se sistat.
62. Appellans potest statim petere editionem Actorum.
63. Multi ex causis expediret, si Judex a quo causæ decidendi una mittere teneretur.
64. Utiliter etiam quædam Ordinationes Juramentum malitiæ exigunt.
65. Introductio appellationis.
66 Ejus tempus.
67 Terminus ejus a judice ad quem prorogari potest.
68. Quid de hoc in Recessu novissimo.
69. Tria introducenti exprimenda.

70. Si

70. *Si quid novi allegaturus sit, debet se ad juramentum offerre.*

71. *Compulsoriales cum introductione petenda.*

72. *Quid in nostris judiciis.*

73. *In primo termino disquirendum, an probandum relevet*

74. *Appellatus debet omnes exceptiones simul opponere.*

75. *Insignis cautela, si appellans se referat ad acta primæ instantiæ.*

76. *Si res difficilis, terminus ad justificandum adsignandus.*

77. *Effectus literarum inhibitorialium.*

78. *Interim pro appellante judex a quo quid jubere potest.*

79. *Si ab interlocutoria appellatum, potest judex revocare gravamen.*

80. *Nec hic ante inhibitionem simpliciter ligatæ manus.*

81. *Si alias appellans citatus compareat coram judice a quo, renunciatum est appellationi.*

82. *Ipse appellans debet abstinere ab attentatis, alias renunciavit.*

83. *Pro revocatione attentatorum Judicem a quo adire potest.*

84. *Expedit magis de attentatis conqueri apud judicem ad quem.*

85. *Intra terminum præfixum formalia & materialia appellationis justificanda.*

86. *In quibus casibus nova capitula non admittantur, & duobus n. seqq.*

89. *Si a judice non sit præfixus terminus, justificanda appellatio intra annum.*

90. *Hoc limitatur in Consistorio Principis.*

91. *Si Commissarii interim electi.*

92. *Si partes prorogarunt.*

93. *Mortuo appellante, dantur heredibus quatuor menses.*

94. *Lapso biennio, appellatio deserta, nisi tantum tempus restituatur.*

95. *Deberet etiam appellatio intra annum finiri.*

96. *Appellante non prosequente, quid faciendum appellato, & n. seq.*

98. *Deserta appellatione ante introductionem, judex a quo cognoscit.*

99. *Post introductionem judex ad quem.*

100. *Appellans in expensas appellationis instantiæ condemnandus.*

101. *Judex primo cognoscit super formalibus.*

102. *Causa ex illis legibus cognoscenda, quæ tempore prioris sententiæ obtinuerunt.*

103. *Debet sententia prior justa vel injusta pronunciare*

104. *Si ab interlocut. appellatum, & sententia confirmata, remittitur causa, secus si reformetur.*

105. *Sed si a sententia definitiva appellatum, Judex ad quem exequitur sententiam.*

106. *Appellans victus in expensas condemnandus, non appellatus.*

107. *Pœna temere appellantium Jure Civili.*

108. *Remedium nullitatis intra 30. annos intendi potest.*

109. *Hoc limitatur ex nov. Rec.*

110. *Remedium nullitatis non impedit executionem, quod limitatur n. hoc & seq. n.*

112. *Nulli-*

Digitized by Google

Appellatio est contra Judicem gravantem Superioris Judicis implo- 1
ratio. Et hæc vel Extrajudicialis est, quæ ab actibus extrajudicialibus, ab electione vel etiam a gravamine per partem illato fit, ut in *c.51. X.h.t.* de qua *Scacc. de Appell. q.2.n.33.* quæ habet vim conventionis, & dicitur provocatio ad causam, & improprie dicitur appellatio, *Vallens. in Parat Decret. h. tit. n.3.* vel Judicialis, quæ interponitur a sententia. Extrajudicialis, Appellatio vel interponitur contra factum judicis, vel partis. Circa primam in Imperio nostro distingvitur, an Princeps gravaverit appellantem tanquam Judex, & ad alterius partis instantiam, an vero Princeps fecerit in propria causa. Primo casu appellatur ad Cameram; Secundo casu appellatur ad Judices ordinarios seu Austregas. *Gail. l.1. obs. 120. n.1.* Alia de differentia judicialis & extrajudicialis Appellationis videantur apud *Scacciam de Appellat. q.2.n.35.*
Et jure civili quidem a sententia definitiva tantum appellatur, aut in- 2
terlocutoria quidem, sed quæ vim definitivæ habet, aut, irreparabile damnum continet. *Illud* fit, si ex Sententia Interlocutoria infallibiliter decisio totius negotii dependeat, v.g. si judex jubeat jurare, *Scacc. de Appellat. qu.17. lim.4. memb.1. n.176.* vel super contumacia, *Scacc. d.l. n.196.* vel si probatio rejiciatur, si testes rejiciantur, si suspiciones pro non sufficientibus habeantur, si probatio impossibilis requiratur, si absolvatur alter a juramento calumniæ, si recusatio judicis rejiciatur, si probatio ei imposita, cui non debet, *Mevius p.2. dec.295.* si delatum

juramentum necessarium personæ, in qua metus perjurii, *Mevius p. 5.*
dec. 96. Damboud. c. 144. Prax. civ. n. 15. Hillig. l. 28. c. 6. lit. LL. Hoc, si
v. g. terminus nimis angustus, *Mevius p. 5. d. 59.* locus intutus, citatio
Edictalis citra justam causam, tortura, de quibus *Specul. tit. de Appell. §.*
2. n. 28 & seq. Gail. l. 1. obs. 129. Hillig. l. 28. c. 6. lit. L. & ab his interlo-
cutoriis etiam Jure Civili appellatio datur, *l. 2. ff. de Appell. recip.* præ-
ter Dd. citatos. *Menoch. lib. 2. A. Q. cas. 499. Besold. de appell. c. 7. n. 56.*
3 *& Scace. d. l. & n. 84. & seqq.* Sed Jure Can. ab omni interlocutoria
datur appellatio, per quam gravamen infertur. *cap. 10. & 12. X. h. t. &*
4 *c. 1. l. 6. tit. eod.* Sed ab interlocutoria si appelletur, requirunt Cano-
nes 1. ut in scriptis fiat, cum alias etiam viva voce Appellatio fieri
possit, *c. 1. & 9. lib. 6. h. t.* sive ex intervallo, sive in continenti inter-
ponatur appellatio, *Scacc. de Appellat. c. 4. num. 9. & 17.* & 2. causa
gravaminis exprimenda, *c. 59. X. h. t. & Clem Appellante. h. t. Menoch.*
l. 1. Præs. 45. n. 11. Coler. decis. 269. licet alias in appellatione a defini-
tiva causæ appellationis necessario non exprimantur *Mynsinger. l. 3.*
obs. 15. n. 4. Donell. d. c. 6. & ibi Hillig. lit. Uu. In Ordinatione tamen Ca-
meræ Spir. *p. 2. tit. 29. §. 3.* distingvitur, utrum appelletur a sententia in-
terlocutoria vim definitivæ habente, an v. a tali, cujus gravamen non
potest per definitivam emendari, licet hæc mere interlocutoria sit,
nihil determinans quoad negotium principale. *P. Barbos. dict. l. 21. n. 129.*
ff. de Judic. Illo casu appellatio viva voce interponi potest, *hoc* casu non.
Consvetudine autem introduci potest, ut quis viva voce ab interlocu-
5 toria appellare possit. *Mynsf. c. 1. obs. 66. in f. Gail. l. 1. obs. 130. n. 4.* Et di-
ctas duas solennitates semper requiri puto, quando appellatio alias sua
natura vel ratione judicis, vel ratione causæ prohibita, sed ob ra-
6 tionem specialem concessa. *Panorm. in cap. 14. in fin. X. h. tit.* Et dispo-
sitionem hanc Juris Canonici in Saxonico foro observari, testis est
7 Carpzov. passim, præsertim in *Process. tit. 18. art. 2. n. 9.* Et hoc Jus Ca-
non. in plerisque Judiciis receptum esse, testatur *Rittershus. de Differ.*
Jur. Civil. & Canon. l. 5. c. 25. & ex Ordinationibus judiciorum speciali-
8 um apparet. Sed effusa illa appellandi libido lites multiplicat, ideoque
CameraSpir. Jus civile sequitur, explosa Canonum litigiosa inventio-
9 ne. *Gail. l. 1. observ. 129. Parthen. litig. l. 2. c. 13. n. 39.* Et idem Jus Ci-
vilve

Google

vile in Electoratu Brandenburgico sequimur, sicut etiam Statutum 9
Romanum Jus civile sequi *d.l.* refert *Parth. litig.* Sicubi vero Jus Canon. observetur, insignis cautela est occurrendi temeritati appellandi, ut pars appellata apud judicem a quo instet & roget, si revocationem gravaminis in decisione causæ Principalis sibi non nocere putet, ut judex a quo, citata parte appellante, revocet gravamen, ut alteri parti litem extrahendi & protelandi præscindatur occasio, *per c.10. l.6. h. tit.* quia non est suspensa Jurisdictio Judicis a quo, quoad actus tendentes in faciliorem expeditionem appellationum, *arg. c.17. X. h. tit. Lancellot. in Tr. de Attentat Part. 2. c.12. limit 4.* quando enim cessat gravamen, cessat etiam appellatio. *C. Cum cessante. 60. h. t. Lancell. d. l. n. 8. & seqq. Scacc. q.17. Tr. de Appellat limit. 47. membr. 1. n. 30. & seqq.* Sapientia enim est, consilium mutare in melius. *Decis. & Dd. c. 60. X. h. t.* Quam- 10
vis autem *Panorm. in d. c. 60. n. 11.* hanc cautelam non admittat in casu, ubi interlocutoria vim definitivæ habet, id tamen de eo casu intelligo, quando Judex id gravamen vellet invita parte tollere; si tamen pars ipsa se putet alia via ad victoriam causæ pervenire posse, & abbreviandæ litis causa petat removeri prætensum gravamen, non video, cur non exaudiri debeat, præsertim cum Judici sententiam interlocutoriam corrigere per *L. Quod jussit. ff. de re jud.* liceat. Audiendum tamen putat Appellantem *Mev. p. 2. dec. 351.* an ipse consentiat, vel ob rationem probabilem dissentiat. Conf. *Klock. vol. 3. cons. 187. n. 13. & seqq.* Nec, si appellans renunciet gravamini, causa statim ad priorem judicem remittenda, nolente Appellante. Idem Dn. Mevius *d. p. 2. dec. 352. & p. 5. dec. 116. n. 4.* Sed potest tamen judex, ad quem super incidente puncto appellatum, appellato instante, invito etiam Appellante, omisso illo puncto incidente, super negotio principali cognoscere juxta tradita a *Mev. d. l. 39. n. 9. ff. de minoribus.*

Criminalia negotia quod attinet, tam Jure Canon. *per c. 5. §.* 11
Preterea & c. 13 cum seq. X. h. t. quam Jure Civil. *L. 6. ff. h. t. & l. 29. C. h. t.* admissa est appellatio, etiam a suspensione, quatenus pœna est non tantum correctio. *Mev. p. 1. dec. 191.* Et idem esse puto ob generalitatem textuum in processu Inquisitionis. *Berlich. p. 2. decis. 230.* Sed contrarium probant de inveterata Germaniæ consvetudi-

ne *Mynſ. cent. 4. obſ. 41. per Ord. Cam. part. 2. tit. 28. §.* Item nach dem auch/ ꝛc. *Gail. de P. P. l. 1. c. 20. Beſold. de Appell. c. 7. n. 41. & ſeqq. Carpz.*
12 *Pract. crim. qu. 139. n. 14. & ſeqq.* Sed diſtinguendum 1. inter appellationem a Statu Imperii interpoſitam ad Cameram, & inter eam, quæ ab inferiori Judice ad Superiorem Statum ſc. Imperii; de illo caſu videntur loqui Gail. & Mynſing. Nam Camera Spir. de cauſis criminalibus, ſanguinis pœnam inferentibus, non cognoſcit, *Ordin. Cam part. 2. tit. 28. §. pen.* licet ſuper nullitate proceſſus decernatur per *d. §. pen. Mynſing. cent. 2. obſ. 41. & ſeq. Gail. l. 1. numer. 27. & ſeq.* Et a Camera ad alia judicia non ſemper firmum argumentum. *Mev. part. 3. dec. 237.* 2. Utrum delictum, quod in Inquiſitione verſatur, ſit notorium, ſeu, an inquiſitus in ipſo facto fuerit deprehenſus, vel ſi confeſſus & pœna dictetur a lege præſcripta, an vero factum ſit adhuc dubium, aut inquiſitus quæratur pœnam non commenſurari delicto. De illo putem intelligendum eſſe Dominum Carpzovium, quamvis enim judex non præſumatur gravare velle inquiſitum, fieri id tamen poſſe, experientia docet. Conf. *Mevius p. 2. dec. 321.* &c. præſertim *p. 2. dec. 272.* ubi communem errorem perſtringit.

13 Cauſas matrimoniales appellationem admittere dubium non eſt *Carpz. p. 3. dec. 240.* nam quamvis ſummaria earum ſit cognitio, hactenus tamen nemo inventus, qui in ſummariis non appellari poſſe dixerit. Conf. *Carpz. de Proc. tit. 18. art. 2. n. 11. & ſeq. vid. Mevius part. 2. dec. 264.* &c. Nam ſi in aliqua cauſa ob rationem ſpecialem prohibita eſt Appellatio, id ad alia judicia non eſt extendendum. *Mev. p. 3. dec. 237.*

14 In cauſa momentanea poſſeſſionis ſeu poſſeſſorio ſummariſſimo non appellari, Jure Civ. probatur per *L. un. C. Si de moment. poſſeſſ.* Licet Jure Canon ſecus eſſe putent per *c. 23. & 43.* a contrario ſenſu, *& c. 10. & 15. X. de reſtit. ſpoliat. Rittershuſ. de Differ. Jur. Civ. & Can. l. 5. c. 25. Cevall. qu. 15. Fachin. l. 1. controv. 75.* Sed Camera Spirenſ. & hic merito ſequitur Jus Civile & appellationem non admittit, *Gail. lib. 1. obſ. 7. in fin.* quam inferiora etiam judicia ſequuntur. Scilicet quoad effectum ſuſpenſionis, nam quoad effectum devolutionis admittunt, *vid. not. ad L. un. C. ſi de moment. poſſeſſ.* ſicut etiam querela nullitatis in poſſeſſorio ſummario locum habet. *Mevius part. 2. dec. 363.* Si tamen

Digitized by Google

men probatio in petitorio foret difficilis, & sententia in possessorio lata traheret secum effectum perpetuum, posse etiam appellari ad impediendam executionem tradunt *Mynſ. cent. 6. obſ. 13. n. 5. Petr. Greg. d. tr. de Appell. lib. 2. c. 5. n. 2. Besoldus de Appell. c. 7. n. 76. & seqq. & n. 81. Staccia de Appell. c. 17. limit. 6. in fin.* Quod Decreta & Rescripta attinet, ea si ad solam instantiam supplicantis sine plena cognitione causæ emanarunt, appellationem non merentur. *tot. tit. Cod. Commin. Epistolas. &c. Mev. p. 5. dec. 192.*

Ab executione rei judicatæ non appellandum esse apparet ex *l. 5. pr. C. quor. appellat. non recip. Carpzov. d. artic. 2. num. 17.* ubi etiam idem esse dicit de executione ex instrumento guarentigionato, quia habet hoc recognitum speciem confessionis, sed hoc cum temperamento accipiendum; nam cum recognitio salvis exceptionibus fieri soleat, etiam contra tale instrumentum Jure Sax. & Communi exceptiones admittuntur, si tales exceptiones negliguntur, omnino admittenda esset appellatio, cum gravamen hoc sit & quidem vix reparabile, conf. *Mevius p. 3. dec. 107.* Sane ab excessu executionis etiam si res judicata esset (v. g. si capere vellet executor pignora majoris pretii, quam esset ipsum debitum, vel si in possessionem fundi alieni, aut dotalis fieret, item si meus executor fines mandati excessit, si personam cognitoris sibi sumat, si male sententiam interpretetur, item si extensio immissionis fiat in alterius injuriam, ultra quam opus est, *Mevius P. 3. dec. 82. & dec. 108. vid. Petr Gregor. de Appell. l. 2. c. 11. n. 2. & seq. Besoldus d. tr. c. 7.* item si judex denegaret beneficium nuperrimæ constitutionis Imperii de quo *Mev. P. 2. dec. 329.*) dari appellationem in propatulo est per *d. l. Sigismund. Scacc. de Appell. qu. 17. lim. 10. num. 28. & sqq. Carpz. d. art. 2. n. 24. & sq.* 15

A sententia super desertione appellationis lata appellari non posse, pluribus tradit post *Rauchb. Part. 1. qu. 14. num. 14. Carpzov. d. art. 2. n. 29. & seqq.* Ratio est non tantum, quod contumax non appellet, sed quod prior sententia in rem judicatam transierit, adeo, ut victrici parti non noceat, licet ad appellationis persecutionem admittatur. *Clem. 6. h. t.* Secus tamen esse videtur, ubi altera pars 16

mm 3 negat

negat appellationem esse desertam; nam si Judex desertam esse appellationem pronunciet, appellans hoc negat, forte quia vult deducere impedimenta stringentia, *Mascardus de probat. concl. 116. & seq.* non potest ipsi denegari appellatio, nec judex in eo, quod adhuc controversum est, fundamentum denegatæ appellationis collocare potest. Imo si deserta sit appellatio, posset tamen judex ex officio circa merita causæ inquirere in iis rebus, in quibus ex officio procedere potest, & ubi favor publicus vertitur, quia negligentia partis judicis officio nocere non debet, *c. 45. h. t. & ibi Panorm.* ut si de rationibus publicis, aut officio publico agatur, vel in causa matrimoniali, de beneficio Ecclesiastico, de causa tributorum, vel in vindicta criminis publici, nam in his casibus judex prosequitur appellationem ob publicum interesse.

7 Ab iis etiam sententiis, quæ moram non patiuntur, & quarum maturatio ad publicam utilitatem pertinet, appellatio non permittitur per *L. ultim. pr. ff. de Appellat. recip. Scacc. qu. 17. limit. 38.* ut de annona militum, *d. l. ult. pr.* ut in causis reficiendorum aggerum, ubi appellatio habet tantum effectum devolutivum, non suspensivum, *Mevius P. 3. dec. 363.* item in collectis, *Mevius. P. 4. dec. 35.* Eadem ratio alimentorum in futurum debitorum. *Hillig. d. c. 6. lit. EE. Scacc. d. quæst. 17. limit. 7. Mevius Part. 3. decis. 363.* Licet autèm distingvant Dd. an debeantur officio judicis, vel lege, an vero ex ultima voluntate, contractu, & delicto; ut primo casu non detur Appellatio: hanc tamen distinctionem recte refutat *Coler. de Aliment. c. 15. n. 2.* Sed si sententia lata contra alimentarium, appellatio conceditur. *Colerus d. l. n. 7. Surdus de Alim. tit. 8. priv. 60. n. 25.* Sed si sententia pro alimentis lata, & quis vellet tantum ad effectum devolutivum appellare, & interim præstare alimenta, audiendus esset. *Colerus de l. n. 13. Surd. de Priv. n. 17.* Idem de mercede pauperi debita intelligendum, quod de alimentis dictum. *Hillig. d. l. lit. KK.* Idem in debitoribus fisci, si debitor convictus. *l. 4. §. ult. C. quor. appell.* Idem in sententia pro pia causa lata. *Scacc. d. qu. limit. 8. Tiraq. Privil. piæ causæ 153.* Nec in causis politicam ordinationem concernentibus admittitur appellatio in Policey-Sachen. Recess. Imp. de anno 1654. §. Wie nun solches von denen causis. *Mevius P. 3. dec. 363.*

Asen-

Digitized by Google

A sententia etiam, quæ certo jure nititur, ubi in facto conveniunt partes, sed in jure discrepant, & una pars pro se textum juris habet, non admittitur appellatio, ideo a decreto, quo creditori alienatio pignoris concessa, non datur appellatio. *d. l. ult. §. 1. de appell. recip.* Sic a pœna ipso jure imposita nulla datur appellatio, *l. 244. de V. S. Scacc. d. q. 17. lim. 23.* nisi factum neget, sic a sententia ex juramento judiciali præstito lata non admittitur appellatio. *l. 5. §. 2. de Jurej. Scacc. d. qu. 17. limit. 34. Don. l. 24. c. 17. & ibi Hill. lit. A.* 18

19 Statutis interdum certa summa appellabilis continetur, sic in Camera non recipiuntur causæ minores 150. flor. Rhen. *Recess. Imper. Spir. An. 1570. §.* Als wir dann/&c. *Mynf. Cent. 3. obs. 89. & cent. 5. obs. 83. Gail. l. 1. obs. 123.* Hodie vero minores 300. flor. *Recess. Deputat. de an. 1600. §.* Wiewohl nun auch/ꝛc. 20 Quamvis autem plures summas cumulari posse ad jurisdictionem Cameræ fundandam putet *Mynf. d. obs. 63. & Treutl. d. disp. thes. 5. lit. A. Gail. l. 1. obs. 123. n. 3. Don. l. 28. c. 7. lit. F.* eos tamen per *L. Si idem. 11. de jurisdict.* refutat *ad Treutl. d. l. Bachov.* Sed contra Bachovium facit ipse textus, quem urget: Sicut enim plures summæ cumulatæ non excludunt judicem habentem jurisdictionem ad certam quantitatem restrictam, ita nec plures summæ cumulatæ excludunt jurisdictionem Cameræ, & ita illa sententia sustinenda. 21 In novissimo Recessu privilegiorum de non appellando ad certam summam florenorum restrictorum extensio, ut & florenorum in Joachimicos reductio Statibus promittitur per §. Und stehet diesem nechst Fünfftens/ꝛc.

22 A minimis causis jure communi etiam judex non facile admittit appellationem. *Bachov. d. th. lit. A.* Minimæ autem sunt, ubi summa appellabilis sumptibus verosimiliter poterit esse minor, licet arbitrio judicis id rectius committatur, *Scacc. d. qu. 17. limit. 40.* nam ipso jure subsistit Appellatio, *l. 20. C. h. t.* sed recte faciet judex superior, si appellationem non recipiat, (licet Jure Canon. secus. *c. 11. h. t. Bachov. in Tr. v. 2. d. 33. th. 5. lit. A. Scacc. q. 17. p. 2. n. 13.*) & ubi gravamen facile reparabile est, ut sententia lata de testamento aperiendo, vel de herede scripto in possessionem mittendo. *l. 6. C. quor. appell. non. recip. Scacc. d. qu. 17. limit. 5. Menoch. remed. 4. adipisc. possess. numer. 826. Fachin. lib. 1. controv. 27. Bach. d. th. 5. lit. C. & D.* Sane si minima sit

, cau-

causa & concernat tamen famam Rei, & judicium ipsum sit famosum, in re minima admittenda est Appellatio, per tradita *Mevis p. 3. dec. 235.* A citatione quoque interdum appellari potest, quando quis citra causam probabilem jubetur se in persona sistere, sub comminatione realis citationis. *Mevius p. 4. dec. 89. Tholosanus de Appell. c. 15.*

23 Appellationem autem interponit vel ipse litigans, & admittendus etiam Minorennis sine Curatore, cum interpositio appellationis non sit Actus judicii, *Besold. de Appell. c. 5. in pr. Cothm. consf. 35. n. 1. & seq.* & hos referens *Hill. l. 28. c. 6. lit. H.* & si litigantes sint plures consortes, poterit unus loco omnium appellare, si defensionis causa communis. *L. 10. §. 4. de Appellat. Bachov. in Trentl. Vol. 2. disp. 33. thes. 2. lit. B. Carpz. Part. 1. Const. 20. def. 15. Scacc. de Appell. c. 5. n. 58.* Et non distingvitur, an causa sit dividua, an non, E contrario si cum Minore condemnatus sim, & hic in minorennitate se fundet, mihi id non prodest, *l. 2. C. Si unus ex pluribus appell.* Tutoris, tutelam non gerentis, appellatio, gerenti non prodest. *L. 10. §. fin. ff. h. t.* Sed his Casibus, ubi unius separata causa defensionis non est, ac si causa sit individua, unius appellatio alteri prodest. *Vid. notata a me ad d. tit. Si unus ex pluribus. Hartm.*
24 *Pistor. p. 2. q. 47. P. Greg. l. 5. n. 3. Hill. l. 28. c. 5. lit. B.* Interdum autem alius pro alio appellat, v. g. Procurator, quia etiam sine speciali mandato admittendus est ad appellationem, quia est de prosecutione primæ instantiæ, *arg. l. 56. §. pen. de furtis. l. 4. §. ult. Scacc. cap. 5. n. 10. Lancell. de Attent. part. 2. c. 12. limit. 50. n. 32. & seq.* imo tenetur appellare per rationem jam allegatam, *Tholos. de Appell. l. 5. c. 1. n. 13. Scacc. d. c. 5. n. 12.* & potest procurator per procuratorem a se datum appellare, *l. 4. §. fin. ff. h. t.* sicut & Tutor, *L. 11. C. de administ. tutor.* & qui nomine alieno appellant, prosequi etiam possunt appellationem, *L. 27. ff. h. t.* nisi
25 a Domino prohibeantur. *L. 9. C. h. t.* Interdum alius appellat, si nomine suo propter suum interesse, *L. 5. ff. h. tit.* quod non debet esse in spe, *Scacc. d. cap. 5. num. 74.* incerta scilicet & improbabili, & quæ non radicatum jus habet, ut in materia successionis, secus in spe probabili, ut fideicommisso per mortem Testatoris jam radicato; Nec separatum a jure Principalis, & de eo interesse prius doceatur saltem summarie, vel semiplene. *Hilliger. lib. 28. cap. 6. lit. Q.*

Et

Google

Et exprimenda hic sunt gravamina, sicut in appellatione ab interlocutoria supra dictum. *Trent. tit. de jud. resol. 16. Bachov. d. disp. th. 2. lit. F. Stacc. d. l. n. 31.* Pater ergo appellat in causa filii, *l. 2. §. 2. quando appell.* frater in causa fratris pupilli, licet tutores habentis, *Mev. part. 3. dec. 214.* Filius in causa patris, *l. 23. §. 2. de appell.* Uxor pro liberando marito, *l. 3 §. 2. ff. de liber. caus. Gail. l. 1. obs. 133. n. 8.* maritus in causa uxoris, *Myns. cent. 3 obs. 53.* Legatarius, victo herede. *d. l. 5. Stacc. n. 37. Hill. d. l.* Princeps vel Episcopus condemnato subdito, *arg. c. 55. X. h. t. Stacc. d. l. n. 53. & seqq.* Capitulum condemnato Episcopo, *Stacc. d. l. n. 55.* Creditor, condemnato debitore ratione rei oppignoratæ, *L. 4. §. 4. ff. h. t. Stacc. n. 59.* Venditor, condemnato emptore, *dict. l. 4. §. 3.* Et in his exemplis Appellatio tertio utilis. Sed in casibus, qui in *L. Sæpe. ff. de Re jud.* habentur, Appellatio tertio est necessaria. Sic necessaria est tertio appellatio, si eventus litis legatur, *Nov. 112. c. 1.* & qui possessionem rei litigiosæ accepit ab altero litigante. *Gail. l. 1. O. 118. Covarr. pr. q. 16. n. 6.* Domino in causa propriorum hominum. Sic sententia lata contra vasallum, tenetur Agnatus appellare. *arg. l. 44. de Re jud. Fachin. l. 7. c. 103. Rosenth. c. 6. membro 1. concl. 27.* Interdum alius non appellat, sed adhæret appellationi alterius propter commune interesse, *Tusch. concl. 176. lit. A. Borell. l. 2. tit. 33. n. 1046. Vinc. de Franc. dec. 467. Stacc. q. 12. n. 71. & seq.* non vero ob similitudinem causæ. *Mev. P. 4. Dec. 180. n. 7.* Et hæc adhæsio debet fieri intra 10. dies a tempore notitiæ, *Mev. P. 1. Dec. 158. Gail. l. 1. obs. 122. n. 4. Carpz. proc. tit. 17. art. n. 249 Mev. Part. 3. D. 87.* ac debet notificari judici a quo, & effectum habet, licet appellans prior renunciaverit appellationi. Conf. *Lancell. de Attentat. l. 2. c. 12. limit. 50. n. 59 & seq. Stacc. qu. 11. n. 69.* Imo licet Appellatio post introductionem sit rejecta a Judice, valet tum adhæsio. *Mev. P. 5. Dec. 216.* Si tamen quis appellarit, vel leuteraverit ab uno puncto sententiæ, & ego vellem adhærere post decendium, non essem audiendus. *Carpz. P. 1. c. 19. Dec. 9.* 26 27

Interdum vero non admittitur aliquis ad appellationem etiam in propria causa, ut 1. qui renunciavit, sive expresse in ipso documento obligationis, vel ex intervallo, ubi tamen ob novum & non prævisum gravamen, de quo renuncians non cogitavit, appellare liceret; sive 28

tacite, *l. 1. §. 3. ff. quibus appell. non lic. l. 5. C. de Re jud. Scacc. d. qu. 17. n. 12. Hill. d. c. 6. lit. O. Bachov. in Treutler. vol. 2. disp. 35. thes. 3.* ut si spatium solvendi dari petat *l. 5. ff. de Re jud.* vel si appareat coram judice a
29 quo. 2. Non admittitur contumax, *l. 23. §. ult. ff. h. t. & l. 78. §. ult. ff. de Judic. l. 1. C. quorum appell.* sed si in non veniendo contumax sit, non vero in non respondendo, vel non jurando, *l. ult. §. 1. h. tit.* vel non exhibendo documento, *d. §. 1.* nec semper impellitur contumax in non veniendo, ut quando tempore examinis testimonium non adfuit, vel tempore sententiæ, sed quando in tota causa non adfuit, per contumaciam, & ita in contumaciam processus contra eum sit institutus, *Scacc. d. qu. 17. lim. 3. Petr. Greg. l. 5. c. 4. Besold. c. 6. n. 24.* Procuratoris etiam contumacia nocet Domino, *L. 10. C. de Procurat. ubi vide a me notata. Gail. l. 1. obs. 89. n. 9.* Si tamen hic non solvendo, restitutio in integrum datur Domino. *Bachov. d. th. 3. lit. E.* Si tamen persona sit ob sexum, ætatem, aut rusticitatem excusata, poterit dari appellatio. *Scacc. d.*
30 *c. 17. lim. 3. n. 11.* 3. Confessus etiam non appellat, *c. 61. §. Porro. X. h. t. c. 3. §. Si autem. l. 6. eod.* tam in Civilibus, quam Criminalibus causis.
31 *Scacc. d. c. 17. limit. 4. n. 34. Cevallos qu. 509.* 4. Qui bis appellavit in eadem causa, ad tertiam appellationem non admittitur, *l. un. C. ne liceat in ead. caus.* quod tamen pertinet ad unum idemque capitulum. *Scacc. qu. 17. limit. 1.* Sed hoc in Camer. Spir. non attenditur, ne jurisdictio supremi tribunalis eludatur. *Hill. d. c. 6. lit. Qq.* Contra Clericos etiam secunda vice non licet appellare. *Nov. 123. c. 21.*

32 Appellare autem licet ab omni Judice, etiam a Delegato ad Delegantem, nisi delegatus sit a Principe cum hac clausula *appellatione remota*, quæ tamen clausula operatur tantum post citationem, adeo, ut si ante iter ad Superiorem suscepisset, quæ Jure Canon. instar appellationis est, (nam & factis fit Appellatio, *c. 52. X. h. t. Lancellottus de Officio Pretoris in civilibus tit. de Appellat. n. 12.* & fit cum protestatione, & quo se submittat protectioni Superioris) judex delegatus procedere non possit. *c. 9. 15. & 30. h. t. Conf. Lancellot. de Attentat. part. 2.*
33 *c. 12. ampliat. 116.* Non etiam removet hæc clausula recusationem judicis suspecti, nec quæstionem nullitatis, nec restitutionem in integrum, *Gail. l. 1. obs. 135. Vivius dec. 69. Hill. d. c. 6. lit. X.* imo nec appellationem

tionem ipsam, si gravamen sit manifestum nimis, *Scacc. de Appellat. qu. 16. limit. 1. Far. qu. 101. n. 111. Hill. d. l.* nec obest tertio pro suo interesse appellanti. *C. Super eodem. 15. de offic. deleg.* Notandum autem hic, quod si plures articuli connexi alicui committantur, & uni addatur ista clausula (*Appellatione remota*) eam a cæteris etiam videri remotam, *c. 41. h. t.* id quod ad alias clausulas etiam Doctores extendunt, nisi in uno puncto specialis ratio, aut cætera specialem determinationem habeant. *Panorm. in d. c. 41. n. 11. Conf. Thabor. in axiom. Barb. l. 3. c. 13. ax. 5.* Sane per hanc clausulam naturalis defensio non videtur exclusa, *Scacc. q. 16. lim. 1. n. 21.* nec ex sequentibus formulis (*sententia firma permaneat, & sortiatur suum effectum; imponatur perpetuum silentium, absque lite fiat restitutio, non moveatur querela, & sim.*) poterit hæc clausula inferri, *Scacc. d. lim. 1. n. 28. & seqq.* Ab ipso Principe 34
v. non appellatur, *l. 1. §. 1. ff. a quib. appell. non lic.* ne quidem a male informato ad melius informandum; *Gail. l. 1. obs. ult. Hill. d. c. 6. lit. Z.* consentiente tamen Principe, & per modum supplicationis hanc appellationem receptam fuisse attestatur *Dn. Carpz. d. tit. 18. art. 33. & seqq.* Ab iis etiam non appellatur, qui privilegium de non appellando 35
a Principe consecuti fuere, ut Præfectus Prætorio, *l. 30. C. h. t.* & Electores Imperii per *Aur. Bull. tit. 11.* quod privilegium retinuere in viridi observantia Elector Sax. & Elect. Brandenb. *Berl. p. 1. concl. 50. n. 24. & Dd. passim.*

Appellatur autem is Judex, qui est Superior, *Nov. 23. c. 4.* quamvis 36
interdum per modum prorogationis a nonnullis civitatibus, quæ Jure Lubecensi utuntur, ad Senatum Lubecensem appellari notum est, *Hill. l. 28. c. 7. lit. A. Matth. Steph. de Jurisdict. part. 1. c. 7. n. 366.* nam ex appellationis receptione non semper colligitur Superioritas, sed potest appellatio ad alium quam Superiorem dirigi, si id consvetudine, vel permissu Superioris, cui permissum est appellationem ad se interponendam tollere, sit introductum, sicut hujus rei exempla allegat *Dn. Mev. de Jure Lub. qu. præl. 2. n. 12. & multis seqq. Conf. Klock. cons. 14. vol. 1.*

Quando a subdelegato Judice appellandum, distinguitur, utrum 37
tota causa sit subdelegata, an vero pars, & alia pars reservata; ut *illo* casu ad Superiorem, *hoc* casu ad subdelegantem appelletur. *c. 17. §. pen.*

X. ff de off. jud. deleg. c. 4. de foro compet. Rittershus. de Diff. Jur. Civil.
38 *& Can. l. 5. c. 7. Molinatr. 5. disp. 21. n. 5. & seq.* Sed quæritur hic: *An a Commissario Cæsaris ad Cæsarem appelletur, vel ad Cameram Spirensem?* Et posterius vult *Reink. de Regim secul. & Eccles. l. 2. classe 2. c. 14. n. 76.* Sed contrarium per *l. 1. ff. quis & a quo appell.* & ex ea receptissima doctrina, quod a delegato regulariter ad delegantem appelletur, tuetur *Gail. l. 1. obs. & cum eo Dn. Carpz. de Process. tit. 18. art. 1. n. 5. & seqq.* Licet enim Cæsar cum Camera concurrentem habeat jurisdictionem, hic tamen Cæsaris judicium est electum: Hinc etiam infert *Carpz. all. loco n. 57.* quod a Commissariis Principis ad Curias non sit appellandum, nec a Commissario Curiæ ad Aulam.

39 Gradatim tamen facienda appellatio ad proximum Superiorem. *L. 1. §. 3. l. 21. ff. de Appell. Nov. 23. c. 3. c. 66. X. h. t.* Sed ad Papam, omisso medio, appellari posse traditur *in c. 4. & seqq. caus. 2. q. 6. in c. 6. & 54. X. h. tit.* cujus rei rationes examinat *Rittershus. de Differ. Jur. Civ. & Can. l. 5. c. 26.* Hoc tamen non esse absurdum, tradit *Bachov. in Treutl. disp. 33. th. 6. lit. A. & B.* si scil. præsupponatur ejusmodi sive Hierarchia, sive Imperii Status, in quo inferiores Judices non nisi simplices Magistratus sunt, cum etiam non videatur de substantia Appellationis esse, ut ad proximum Superiorem fiat. *Hill. in Don. l. 28. c. 7. Conf. Dd. alleg.*
40 *ab ipso lit. Gg.* Imo si Judex intermedius deneget justitiam, confugere licet ad Superiorem, licet non proximum. *Ord. Camer. Part. 2. tit. 29. Gail. l. 1. obs. 28. & 119. n. 2. Men. l. 1. A. Qu. cas. 70. n. 15. Carpz. d. art. 1.*
41 *n. 43.* Alias exceptiones Regulæ habet *Scacc. de Appell. qu. 7. n. 36. & 52. & seqq. Tholos. de Appell. l. 4. c. 3. Berl. P. 1. concl. 50. n. 68.* præsertim vero, si inferior Judex sponte remittat instantiam suam. *Ord. Cam. Part. 2. tit. 29. pr. Gail. d. obs. 119. n. 2. Scacc. d. q. 7. n. 44.* Idem in causa Scholarium, *Scacc. n. 102.* & personarum miserabilium. *Scacc. n. 113.* nam si in prima instantia habent beneficium, etiam in altera &c. Idem si medius precariam tantum jurisdictionem habeat, si medius sit inhabilis, si medius ideo delegavit, quia suspectus fuit &c.

42 Appellatio autem vel interponenda est viva voce, *l. 2. ff. h. tit.* (Non vero ubi ab interlocutoria appellatur. *C. Cum causam. 62. X. h. t. Gail. l. 1. obs. 130. n. 1. Scacc. qu. 4. art. 1. n. 9.*) vel in scriptis, quocunque tempore, etiam

Google

etiam feriato, *Tholos. l. 61. c. 1. n. 20. Scacc. de judic. l. 2. c. 5. n. 72.* sed intra 43
decendium, *Auth. Hodie. C. h. t.* quod tempus ratione initii continuum
scienti, aut ei, qui scire debuit, v. g. si quis personaliter citatus, contumaciter & sine causa emanserit, *Bes. c. 8. n. 12.* nam ignorantia hæc est
supina & affectata, *Mev. Part. 2. dec. 270.* utile ignoranti, *l. 1. §. ult. ff. quando appelland.* nisi Procurator adfuit, *d. §. ult.* ratione decursus aut
progressus semper continuum. *Scacc. d. qu. 12.* Et hoc decendium currit 44
de momento in momentum, *Nov. 33. c. 1.* scil. ab hora sententiæ latæ ad
horam diei undecimi, si dies sententiæ computetur. Rulandus *de Commiss. l. 16. c. 13. n. 13.* Et ideo Notarius horam sententiæ latæ exprimere
in Actis debet. *Gail. l. 1. obs. 139. n. 5. Carpz. tit. 18. art. 3. n. 39. Besold. d. l. n. 13.* Errorem Petri Friderı alii notarunt. Et currit etiam pauperi, nisi
ipsa appellatio sumptus requirat, quo tamen casu paupertas intra decendium alleganda. *Gail. l. 1. obs. 142. n. 5. Bachov. in Treutl. d. disp. 33. th. ult. lit. D.* Et Judex Advocato injungere potest, ut gratis libellum
appellationis pauperi faciat. Et hoc etiam adhærere volenti attenden- 45
dum. *Scacc. d. q. 12. n. 69. Lancell. de Attentat. part. 2. c. 12. lim. 50. n. 59.*
Sed adhærenti decendium currit a die notitiæ. *Scacc. d. q. 12. n. 154. Lancell. de Attent. p. 2. c. 12. lim. 50. n. 169.* In dubio sane præsumendum
est, Appellationem intra decendium interpositam esse. *Mev. Part. 2. Dec. 372.* Et locum etiam habet hoc fatale in sententia conditionali, 46
quando in eventum v. g. juramenti definitive quid pronunciatur, *Besold. c. 28. n. 8.* ubi spatium hoc a sententia, non conditionis eventu numerandum. *Scacc. d. l. n. 111. Lancell. n. 219. Tiraqu. de retr. consangu. §. 1. gl. 10. n. 44.* Sed ubi gravamen est successivum, v. g. incarceratio, tunc 47
semper locum habet Appellatio, *Scacc. d. l. n. 144. Lancell. d. lim. 50. n. 147. Besold. de Appellat. c. 8. n. 6.* quo etiam servitutem personæ referrem, & sententiam infamantem, si tantum ad infamiam abstergendam
vellet allegare quippiam per modum recursus. Sic nec currit cum effectu ei, qui casu fatali impeditus est, *Scacc. d. qu. 12. n. 48. & 67.* illud
vero singulare, & mirum, in casu, ubi defertur alteri juramentum, si
ille post decendium velit jurare, alterum admitti ad appellationem,
teste *Mynf. Centur. 1. obs. 39.* nec hoc aliis imitandum putarem. In matrimonialibus post decendium querelam admittunt *Scacc. qu. 12. n. 81.*

& *Besold. c. 8. n. 4.* Si sententia obscura, & post decendium declarata,
tunc admittitur appellatio, sed magis a declaratione. *Besold. d. l. n. 9.*
Sed melius reservetur in petitione declarationis Appellatio.

48 Schedula autem Appellationis debet continere Nomen Appellan-
49 tis, & Sententiam, a qua appellatum. *l. 1. §. ult. h. t.* Causa appellationis
sive gravamen ut addatur, necesse non est, *Myns. cent. 3. obs. 15. Hart.*
Hartmanni tit. 19. obs. 15. Scacc. d. qu. 4. art. 4. n. 25. nisi sententia sit in-
50 terlocutoria. *d. C. Cum causam. 61.* Non vero necesse est, ut nomen ju-
dicis ad quem exprimatur, cum appellatio videatur ad proximum Su-
periorem directa, *Dom. l. 28. c. 6. & ibi Hill. lit. XX. & Scacc. qu. 7. n. 4.*
nisi electionem habeat appellans, ubi alternativa potest esse appellatio,
& in prosecutione potest declarare, ad quem appellatum velit. *Scacc.*
51 *qu. 9.* Si autem uterque appellet ad diversos judices, in causis separatis
id admittit, non vero connexis. *Scacc. qu. 10. art. 2.* Sed quid si in uno
capitulo uterque appellet? Resp. Secundo appellans non auditur, quia
ejus appellatio superflua. *Scacc. d. q. 10 art. 2. n. 5.* Temperabit vero si-
52 bi, ne convicium dicat judici a quo, *l. 8. ff. h. tit.* quale tamen non est, si
53 sententiam iniquam dixerit. *Hill. c. 6. lit. Ty.* Insinuanda autem est sche-
dula Appellationis ipsi Judici a quo, *Nov. 119. c. 4.* nisi ob violentiam &
tyrannidem ejus ipsi insinuari nequeat, ubi publice proponenda, *l. 7.*
h. t. quod & fieri potest, si judicis copia absentis haberi nequeat, adeo,
ut judicem reducem denuo adire non sit necesse. *Scacc. q. 6. n. 25. &*
seqq. Sed hoc periculosum videri posset, cum appellans posset captare
tempus, quo scit abesse judicem, ergo necesse, vel consultum videtur,
ut quis aliquoties quærat judicem. Hinc invaluit, ut Appellationes in-
distincte interponi soleant coram Notario & testibus in foro Saxon. de
quo *Carpz. Part. 1. Jurispr. Const. 20. Def. 1.* & Pomeraniæ Judiciis. Sed
in Marchia Brandenburgensi istiusmodi appellationes coram Notario
& testibus prohibitæ, *Scheplitz P. 2. Consv. Brand. tit. 8. §. 1. n. 14.* quam-
vis ubi Judex inferior sui copiam non facit, appellationem coram No-
tario & testibus etiam apud nos fieri posse putem.

54 Si autem sit rejecta Appellatio, ab rejectione denuo appellandum,
l. 19. C. h. t. & Superior adeundus *l. 5. §. 1. ff. de Appell. recip.* Et Judex a
quo causas rejectionis Superiori manifestare, & literarum exemplum
ap-

appellanti edere tenetur, *L. pen. ff. de Appell. recip.* nec quicquam inte-
rim innovandum, ne quidem si cum fisco lis *per d. l. pen.* & non est in
potestate judicis, non deferendo appellationi tollere ejus effectum to-
taliter. *Scacc. qu. 11. art. 1. n. 10.* Sed an judex a quo, quando putat no-
torie Appellationem esse frivolam, potest exequi sententiam? Id qui-
dem affirmat *Scacc. d. l. n. 6.* sed id pugnat cum *d. l. pen.* tutius igitur est,
ut opinionem suam ad Superiorem referat. Judicis autem non defe- 55
rentis appellationi pœna jure Civili est 30. librar. auri. *L. 21. C. h. t.* Jure
Canon. vero arbitraria. *c. 31. X. h. t. & ibi Panorm. Maranta part. 6. Spec.
tit. de Appell. n. 399.* Sed nec frivolam, si manifeste frivola, judex admit- 56
tere debet, *c. 29. & c. 5. l. 6.* ubi dat Apostolos refutatorios, *L. 1. C. de re-
lat. L. fin. §. In refutatoriis. C. h. t. Tholos. l. 6. c. 2. n. 2.* qui non dari de-
bent, quando causa est inappellabilis non ob jura partium, sed ob juris-
dictionem judicis a quo, vel quando causa est manifesta. *Mev. part. 3.
dec. 336.* In dubio autem deferet cum clausula, *in quantum de jure*, de
qua clausula *Scacc. q. 17. lim. l. 6 n. 100. Lancell. part. 2. c. 12. lim. 1. Conf.
Scacc. q. 11. art. 1. n. 6.* Est enim hujus clausulæ hic effectus, ut si Appel-
lationi non erat deferendum, non etiam censeatur delatum. *Lancell.
de Attent. p. 2. c. 12. lim. 1. n. 90. Masc. concl. 119. n. 1. Men. remed. recup.
poss. 9. n. 331. Maranta de Clausulis p. 1. claus. 362.* Quænam autem frivo-
læ sint, per regulam certam definiri non potest, sed judicis arbitrio re-
linquendum *Men. l. 2. A. Q. casu 197. n. 4. & casu 445.* Ergo in dubio
sequenda regula: quod sit deferendum. Aliud in casu speciali. *Surdus
cons. 334. n. 15. Besold. d. tr. c. 11. n. 11.* Nec potest judex a quo, appellan-
tem gravare, & quid injungere, quod hactenus fieri non consvevit,
Mev. p. 2. dec. 386. etsi judex a quo certum terminum statuat appellan-
ti, intra quem inhibitionem inferat, si tamen hoc non fiat, Appellatio
tamen propterea deserta non est. *Berlich. p. 1. concl. 50. n. 140. & seqq.
& parte 2. dec. 197.*

Petendæ autem sunt literæ Dimissoriales, id est, Apostoli. Apostoli 57
autem sunt quintuplices, 1. *Conventionales*, quæ a parte dantur. 2. *Testi-
moniales*, quæ dantur a Notario vel personis honestis. *c. fin. X. de Appell.*
3. *Dimissoriales*, quos dat judex, quando non dubitat esse deferendum.
4. *Reverentiales*, quando dubitat. *Scacc. q. 13. n. 19.* & demum 5. *Refu-
tatorii*,

tatoris, quos judex ad superiorem transmittit & hi descripti sunt in *pr. n.56*. Sed de tertia & quarta specie hic sermo potior. De Apostolis & stylo Cameræ vid. *Ord. Cam. p.2. tit.30. Mynſ. c. 4. obſ.36.* Et quamvis etiam post interpositionem appellationis peti possint intra 30, dies, *L. un. ff. de libell. dimiſſor.* a die sententiæ computandos, quod creberrime receptum, *Mynſ. d. obſ.36. Petr. Gregor. de Appell. l.6.c.2. n.8. Beſold. d. c.9.n.50. Carpz. tit.18. art.3.n.48. & ſeq.* ac instantet, *c.6.l.6. h.t.* utilius tamen esset, si semper in ipsa Appellatione simul petantur, ad ab-
58 breviandum Processum, quod etiam voluit *Clem.2.h.t.* Et, si in termino dandis Apostolis assignato, non compateat appellans, videtur appellationi renunciasse. *d. Clem. 2. Carpz. part.1. conſt. 20. def. 8. Scacc. qu.13.*
59 *art.6.* Judex autem denegans Apostolos nihil agit, & nulliter procedit, *c. 4. l.6. h.t.* & potest appellans sine Apostolis Appellationem prosequi.
60 *d. Clem. 2. circa fin.* Quamvis autem judex etiam non petenti appellanti dare debeat Apostolos sub pœna *L.24. C.h.t. Scacc. d. qu.13. art.13.* hoc tamen non prodest appellanti, ne deserta sit appellatio, cum & judicis & partis culpa concurrat, *illius* in non offerendo, *hujus* in non petendo *Don. d. l.28. c.7. Bachov. in Treutl. Vol.2. diſp.33. theſ. fin. lit. E. F.*

61 In Apostolis autem Judex certum terminum potest assignare appellanti, intra quem se sistat. *L.5. C. de Appell. c.4. X. eod. Carpz. d. Conſt.20. def.9. Scacc. d. qu.13. art.10. Lancell. de Attent. part.2. c.12. lim.14.* Poterit etiam Appellans statim petere editionem Actorum priorum, etiam ante impetratas a Superiore compulsoriales, quibus editio Actorum a Superiore judice judici a quo demandari solet, idque expressum
62 non tantum *p.2. Ord. Cam. tit.31.* sed & in Noviss. Rec. Imp. §. Ob er auch schon die Urthel/ rc. *ibi*. Vor Verfliessung deren a die interpositæ Appellationis nechstfolgender dreissig Tagen vom Unter-Richter die Acta priora zu requiriren/und da sie fertig wären/um die Gebühr zu lösen/ oder wenigst solcher seiner requisition beglaubten Schein/ wormit die Acta selbst primo termino zu produciren/ er der Judex a quo aber/ zu der requisition bald und unerwartet der compulsorialen gegen Versicherung ziemlicher Belohnunge/ die gebührende nothwendige Anstalt zu machen/und die Acta ehester Möglichkeit zu ediren schuldig seyn/ oder wann einiger vorsetzlicher Uffzug hierinn verspüret würde/ gegen denselben/ uff die/

die in der Ordnung *p. 2. tit. 31.* bestimmte Straffe der 20. Marck Goldes verfahren werde. Quando autem Judex a quo negligens est in edendis Actis, datur mandatum sine clausula: si porro contumax, decernuntur arctiores compulsoriales, in quibus citatur Judex ad audiendum se incidisse in poenam primo mandato insertam, & iterum jubetur edere sub poena banni. *Gail. l. 1. obs. 134. n. 3.* Si ab uno puncto appellatum, sufficit tantum partes Actorum edi. *Carpz. tit. 18. art. 5. n. 79.* Et saluberrima Constitutio Electoralis Saxonica, ut Originalia Acta transmittantur cum Rotulo, *Carpzov. d. art. 5. n. 82.* quod utinam ubivis statueretur in judiciis! cum descriptio Actorum multas remoras & ingentes expensas requirat. Et ideo in Tribunali Wismar. non semper exigitur descriptio Actorum, *vid. Mevius Part. 4. Dec. 367.* posset etiam pars victrix simul ad Acta exhibere designationem expensarum. Si utraque pars appellavit, expensæ descriptionis dividendæ inter partes. *Mynsinger. c. 1. obs. 21. Scacc. quæst. 20. num. 36.* Si autem Acta perdita, combusta, causa ex integro in Camera cognoscenda, & inferior, ob negligentiam puniendus. *Mynsing. c. 1. obs. 11. & c. 2. obs. 16. Gail. l. 1. obs. 134. n. 31. & seq. Carpz. d. art. 5. n. 94.* Mutila Acta ex manualibus partium Actis supplenda. Hoc enim tentandum est, antequam causa de integro agatur, *Mev. P. 2. Dec. 69.* & quando appellatus negat, Acta perfecta esse, appellans, ut & Judex a quo desuper audiendus, priusquam compulsoriales renoventur. *Mev. P. 5. Dec. 71.* Si autem ab initio nulla sint Acta, si forte summarie processum, statur relationi judicis a quo, postquam partes super ea relatione auditæ. *Mevius Part. 5. Dec. 74.* Utile etiam esset, si Judex inferior semper 63
rationes decidendi cum Actis transmittere cogatur, ut sciat Judex ad quem, cur ita pronunciaverit inferior, & facilius ac promptius de sententiæ justitia judicare possit, sicut supra diximus; Et id exprimitur etiam in Recess. noviss. §. Deßgleichen sollen die Procuratores, &c. Ibi: Daß der Judex a quo seine rationes decidendi mit und neben den Actis prioribus bey Straffe zweyer Marck löthiges Goldes zum Cammer-Gericht verpitschiret einschicke. Item in §. Ob er auch schon die Urthel/ &c. ubi Facultates & collegia Juridica jubentur rationes sententiæ in chartam conjectas conservare & judici requirenti gratis dare, ut etiam

64 supra dictum. Nonnullæ Ordinationes Judiciorum requirunt ab Appellante juramentum calumniæ vel malitiæ, quod non animo protelandi litem appellaverit, ad quod pars citari solet, ut in Ord. Pomer. tit. Von Appellation, ibi: Daß Appellant gelobe und geschwere / daß er gäntzlich glaube / und dafür halte / daß ihme Appellirens noth sey / und daß er solche Appellation nicht freventlich / noch zu Auffenthalt oder Verlängerung der Sachen thue. Idem habetur in Brunswicensi tit. 65. & ex parte in Noviss. Recess. §. Auch zum sechsten / &c. Et in dd. ll. Pomeranic. & Brunswicensis Ordinationis habetur & cautio appellato præstanda: Si autem non præstetur coram Judice a quo calumniæ hoc juramentum, præstandum coram judice ad quem, ut postea dicetur.

65 Acceptis Apostolis introducenda ab Appellante appellatio apud Judicem ad quem. *Nov. 119. c. 4. Auth. Si appellatione. C. de tempor. ap-*
66 *pell.* & Appostoli offerendi. *L. un. ff. de dimissor. libell.* Tempus autem introducendæ appellationis Jure Civili certum non est, sed in arbitrio judicis a quo consistit per *l. 5. C. de Appell. c. 4. X. de Appell.* quo non observato, deserta est Appellatio. *Gail. l. 1. obs. 140. n. 2. Carpz. d. tit. 18. art. n. 1.* In Electoratu Sax. est mensis a datione Apostolorum computandus. *Carpz. n. 15.* Sed in Camera tempus est 6. mensium, *Ordin. Cam. part. 2. tit. 30.* §. Würde aber / &c. quod tempus tamen a Judice a quo abbreviari potest pro distantia locorum, non vero prorogari. *d. tit. 30. Gail. l. 1. obs. 140. n. 3. Hillig. in Donell. l. 28. c. 7. lit. R.* Si tamen tempus Ordinationis in feriis desinat, in prima audientia post ferias introdu-
67 cenda est appellatio. *Gail. d. obs. 140. n. 6.* Sed judex ad quem terminum ordinarium ob nimiam distantiam prorogare potest, *Gail. d. l. n. 7. Mynsf. cent. 3. obs. 54.* ut si partes in diversis, & longe dissitis regionibus habitent, *Mev. P. 3. Dec. 347* vel si alias indeclinabile impedimentum allegetur & documento vel alio argumento probetur, Rec. de anno 1654. §. Zum achten sollen keine prorogationes &c. *Mevius P. 3. Decis. 167.* sicut etiam compromisso partium extendi potest. *Gail. d. l. n. 8. Mynsinger. cent. 2. observ. 63. & cent. 3. obs. 49. Treutler. & ibi Bachov. d. Disput. thes. ultim. liter. H.* In Tribunali Regio Wismariæ sunt tres menses. Sed quomodo numerandi menses? Videntur pro singulis mensibus 30. dies computandi. Sed aliud vult *Mevius P. 1. Dec. 231.* Si

autem

Google

autem intra fatale non fuerit introducta appellatio, ea pro deserta declaranda & causa ad priorem judicem mittenda. *Mev. P.3. Dec.391.* In Recessu autem novissimo hoc constitutum, ut ante lapsum quatuor mensium a tempore appellationis interpositæ computatorum, introducere debeat appellationem, ut intra residuos menses insinuatio parti possit fieri in §. So dann soll sich/rc. 68 In hoc ipso Recessu etiam hoc expressum, ut appellans tria teneatur exprimere in introducenda appellatione. 1. In quo se gravatum putet. 2. Quid melius sit probaturus, modo melius id sit relevans, nam quod in prima instantia perperam ad probandum admissum est, id potest rejici. *Mevius P.4. Dec.51.* 69 3. Quid novi sit allegaturus; idque in tot copiis offerat a Protonotario confirmatis appellato, §. Zu Beförderung des Proceß/ rc. Ibi: Soll hinführo das weitläufftige articulirte libelliren ebenmäßig abgestellet seyn/ und ein jeder Appellant hinführo seine gravamina appellationis jedes mahl summariter und Punctenweiß verfassen/ gleich mit der Supplication pro Processibus, darinn/ rc. absonderlich/ 1. worinn er sich beschweret erachte. 2. was er besser zu beweisen. 3. von neuen vorzubringen gedencke/ anzeigen/ und solche seine gravamina denen Appellanten in so viel beglaubten Copien/ als der citirten seynd/ insinuiren lassen. Si etiam 70 quid novi allegare velit, debet se ad juramentum offerre per §. Wie ebenmäßig bey dem Ausschlag/ rc. ibi: Daß der Appellant bey Einführung des Processus sich zum Eyde erbieten/ und denselben dergestalt zu leisten/ vor allen Dingen schuldig seyn solle/ daß er seines neuen angegebenen An- und Vorbringens/ in erster Instantz nicht Wissenschafft gehabt/ oder solches dermahlen nicht einbringen können/ oder einzubringen nicht vor nöthig oder dienlich geachtet/ nunmehro aber davor halte/ daß solches alles zu Erhaltung seines Rechtens/ dienlich und nothwendig sey. Idem juramentum præstandum etiam per Advocatum, §. Zumahlen aber in der Zeit zum Siebenden/ rc. in d. Recess. Imper. noviss. 71 etiam hoc disponitur in §. Deßgleichen sollen die Procuratorn/ &c. ut procuratores sub pœna restitutionis expensarum retardati Processus, & partes sub pœna desertionis teneantur petere una cum citatione compulsoriales, id est literas, quibus judex a quo jubetur Acta prioris instantiæ in copia transmittere, & quidem conclusa & obsignata

ſub certa pœna per Receſſ. Imp. noviſſ. §. So dann ſollen die Acta priora &c. & inhibitoriales, quibus prohibetur, ne in cauſa amplius cognoſcat.
72 In noſtris judiciis ſolet appellans, quando introducit appellationem, tantum petere compulſoriales & inhibitoriales ſine citatione, ſed a judice ad quem ſolet præfigi terminus, intra quem appellatio juſtificetur in ſcriptis, quod ultimum tamen non ſemper fit; quo caſu, ſi certus terminus non præfigatur, appellans habet integrum annum ad juſtificationem inferendam, quo modo proceſſus admodum protelatur, ideoque præſtaret terminum proſequendæ appellationis præfinire, imo præſtaret citare prius partes non in ſubſidium, ſed immediate, quia inferioris juriſdictio non tantum quoad cauſam, ſed & perſonas ſuſpenditur, Carpz. *Part. 1. Conſt. 20. Defin. 17.* & terminum certum adſignare audientiæ, in qua Appellatio oretenus juſtificanda, ut in Leuteratione fieri ſolet, & quando tunc cauſa altiorem indaginem requirit, poteſt juſtificatio in ſcriptis injungi; nam ſæpe cauſa in prima inſtantia deciſa eſt ſummarie vel ſummariter ventilata, quæ non ſtatim in ſecunda inſtantia debebat ad Ordinarium proceſſum remitti, & ſæpe in audientia cauſa plene cognoſci & ſententia prior confirmari vel reformari poterat; & ſæpe in ipſa audientia ab appellato demonſtrari poterat, cauſam vel non eſſe devolutam, vel non appellabilem, vel eſſe deſertam, vel transactione cauſam componi poſſe. Citatio autem ad appellationem proſequendam debet fieri ad principales per tradita *Mevii Parte 2. Deciſ. 323.* Et hoc fine nomina conſortium exprimenda. *Mevius Parte 1. Deciſ. 256.* In eo termino poſſet etiam ex Actis primæ inſtantiæ mature & ante terminum illatis, ex allegationibus partium diſquiri: an, quod appellans de novo allegare & probare, vel antea allegatum melius probare vult, relevet, ita, ut ſi hoc probatum fuerit, prior ſententia neceſſario reformanda ſit: nam ſi hoc non ſit, fruſtra ad probandum admittitur, quod probatum non relevat, ſicut hanc cautelam commendat *Author Diſcurſus* von Verbeſſerung des Juſtizweſens. *apud Wehnerum in obſ.* §. Wann auch ſolches geſchicht / &c. *p. mihi 174.* & §. Wenn der Appellant aber was neues / &c. Semper tamen hic præſupponendum eſt, novos teſtes ſuper iisdem, vel directo contrariis articulis non eſſe examinandos, ſicut ſupra

pra dictum, nisi altera pars consentiat. In eodem termino appellatus 74
debet adstringi, ut exceptiones non devolutionis vel desertionis & si-
miles exceptiones opponat, universas quas habet simul & semel, sicut
& dispositum in d. Recess. §. Würde aber der Appellant/2c. Et cum in- 75
signis sit cautela abbreviandi Processus, si appellans justitiæ causæ suæ
confisus nihil novi se allegaturum dicat vel probaturum, sed refe-
rat se tantum ad acta primæ instantiæ, & profiteatur, se velle rem co-
gnosci ex actis primæ instantiæ, *Ant. Fab. Cod. h. t. def. 15. Hill. in Don.
l. 28. c. 7. lit. C.* sic nec appellatus tenetur libello appellationis seu scri-
pto justificatorio respondere, quando se refert ad Acta prioris instan-
tiæ, *l. ult. C. de Appell. Ord. Cam. part. 3. tit. 33. §. pen. Recess. Deput. de
An. 1600.* §. So soll auch vermöge/2c. quod in Recess. noviss. §. Auch in
Fällen/ da der Appellant nichts neues einbringet/2c. ad eum casum re-
stringitur, quando appellans tantum se gravatum dicit, sed ulteriorem
probationem, revelantem tamen, non offert, nec novi quid allegat;
nam alias appellanti probatio ulterior denegari nequit, ideoque hoc
cognoscendum est in primo termino. Sicut etiam ubi lis est de resti-
tuenda re locata, quia quasi actio de spolio, si appelletur, ex Actis prio-
ris instantiæ judicandum est per tradita *Mev. p. 2. dec. 264.* Si igitur Ju- 76
dex ad quem in audientiis tum ex allegationibus, tum ex iis, quæ a par-
tibus proponuntur, animadvertat, appellantem ad justificandam ap-
pellationem in scriptis, vel etiam ad ulteriorem allegationem & pro-
bationem admittendum esse, tunc poterit terminum certum ad justi-
ficandum in scriptis adsignare. Quod si vero sententia sit dubia & in
utramque partem accipienda aliter, rationem sententiæ a qua a judice
inferiori Superior petere debet, antequam processum decernat. *Mev.
p. 3. dec. n. 7.*

Quia autem una cum citatione ad audientiam emanare debent et- 77
iam literæ inhibitoriales ad judicem a quo, per quas Judici a quo inhi-
betur, ne in causa, in qua appellatum, pergat cognoscere, cum jam to-
ta causa devoluta sit cum accessoriis ad Judicem ad quem, *Scacc. de Ap-
pell. qu. 3. art. 2. n. 13. & seq. & qu. 11. art. 4. n. 34.* Idque non tantum in
civilibus, sed etiam in criminalibus, quando metuitur damnum irre-
parabile, *Mev. P. 2. Dec. 273.* (quas inhibitoriales intra terminum sibi a

judice præfixum, Judici a quo insinuare debet, licet id negligendo, ap-
pellatio non sit deserta. *Berl. part. 1. concl. 50. n. 140. & seqq.*) ideoque
judex a quo debet in ea causa quiescere per *tot. tit. ff. nihil pendent.*
appell. scil. quatenus appellatum, nam si in certis capitulis sententiæ sit
appellatum, in reliquis recte fit executio a Judice a quo, *Trentac. l. 2.*
tit. de Appell. Resol. 7. n. 15. Lancell. de Attent. part. 2. c. 20. lim. 5. n. 2.
nam inhibitio restringenda ad ea, quæ sub lite in secunda instantia re-
manent, ideoque separanda sunt ab his, quæ non sunt in controversia.
Mev. p. 4. dec. 268. Aliud in connexis v. g. Expensarum, Nam si reus
condemnatus in negotio principali appellet, actor non admittitur, si
vellet appellare ex ea ratione, quod reus in expensas non sit conde-
mnatus, quia appellatio esset frivola, cum, licet non appellet, conde-
mnatio tamen expensarum in instantia Appellationis fieri possit. *Scacc.*
de Appell. qu. 17. lim. 21. præstat quidem a certo capite appellare, sed in-
terdum etiam præstat a tota sententia appellare. *Boer. dec. 73. Bes. c. 10.*
78 *in fin.* Et hoc intelligendum, si judex a quo velit aliquid cognoscere
contra appellantem; nam pro appellante, ne in possessione turbetur,
officium judicis a quo potest implorari, nec iden appellans hoc implo-
rans censebitur renunciasse suæ appellationi. *c. 17. X. h. t. Mev. part. 1.*
Dec. 148. Si tamen inhibitio tendat in præjudicium publicum, ea facile
79 non decernenda per tradita *Mevii part. 4. dec. 83.* Si etiam ab interlo-
cutoria appellatum, potest judex ante inhibitionem citare utramque
partem ad revocandum gravamen, *c. 10. l. 6. h. tit. Lancell. part. 2. c. 22.*
80 *lim. 4. Scacc. qu. 17. lim. 47. membr. 1. n. 30. & seq.* de quo supra. Quem-
admodum etiam hoc casu ante inhibitionem alias non sunt ligatæ ma-
nus, ut non possit ulterius procedere in causa, quando ab interlocuto-
ria appellatum, donec fiat inhibitio, *c. 7. l. 6. h. t. Lancell. d. c. 12. lim. 1.*
quod tamen de interlocutoria mera intelligo; Nam Appellatio ab in-
terlocutoria vim definitivæ habente, regulatur secundum naturam
Appellationis a Definitiva. *Lancell. de Attent. part. 2. c. 12. lim. 1. n. 57.*
81 *& seq.* Si autem in aliis casibus judex ulterius procedat citando appel-
lantem, & appellans se sistat, videtur tacite renunciasse appellationi,
nisi protestatus fuerit. *C. 54. X. h. t. C. Gratum. de Off. jud. deleg. Lan-*
82 *cell. Part. 2. c. 4. lim. 15.* Ipse etiam appellans, si pendente appellatione
ali-

Digitized by Google

aliquid attentet, vel innovet, renunciat appellationi. *C. An sit. 42. b. t. Gail. l. 1. obs. 140. n. 12. Mynf. cent. 2. obs. 50.* facit *l. 30. ff. de Minoribus.* Et sic victus, si victorem spoliat, renunciare videtur appellationi, *Masc. de Probat. concl. 1068. Menoch. l. 2. A. Qu. cas. 19.* vel si faciat actum incompatibilem cum Appellatione, ut si non vi, nec errans, sed sciens solvat. In dubio tamen non censetur renunciasse appellationi Appellans, si alia conjectura capi possit, *Surd. cons. 35. n. 2. Besold. d. tr. c. 10. n. 16.* ut si adeat judicem a quo cum protestatione. *Petr. Greg. l. 8. c. 4. n. 3.* Non 83
videbitur autem renunciasse, si pro revocatione attentatorum adeat judicem a quo, *Scacc. d. q. 17. lim. 2. n. 53.* vel si dolo ad comparendum inductus. *Scacc. d. l. n. 57.* Optimum autem erit, si appellans super at- 84
tentatis Judicis a quo per supplicem libellum conqueratur apud judicem ad quem, & in continenti per documenta fide digna, attentata probet, ac mandatum sine clausula, & sub pœna de revocandis attestatis petat, quod omnino ipsi dandum per Recess. noviss. §. Und wann gegen die ausgelassenen Inhibitionen/ x.

Quando igitur Judex ad quem ad prosequendam appellationem 85
terminum certum constituit, tunc intra illum terminum debet appellans justificare tum formalia appellationis, tum materialia, id est, debet probare se gravatum esse. *L. ult. §. ult. ff. h. t. L. 7. C. eodem.* Terminus autem iste est arbitrarius, brevior, vel longior, v. g. in matrimonialibus brevior terminus constituendus. *Mev. P. 2. Dec. 366. c. 5. & c. 57.* 86
X. h. t. Carpz. part. 3. Dec. 250. Et quamvis novi quid in instantia appellationis allegare & probare possit, ut dictum supra per *L. Per hanc. C. de tempor. appell.* id tamen declarandum, & quidem 1. ita, ut locum tantum habeat in iis, quæ in prima instantia post litem contestatam proponi potuissent; quæ autem antea debuissent expediri, in instantia appellationis non admittantur, per *L. Ita demum. C. de Procur.* ut ex communi Doctorum sententia pluribus hoc explicat *H. Pist. part. 4. qu. 23. n. 2. & seqq.* Verum tum etiam dilatoria exceptio admittitur, quando in prima instantia post litem contestatam admittitur, ut si judicium reddat ipso jure nullum, vel si per ignorantiam facti prius non sit opposita. Sed quæritur, an libellus possit mutari? Resp. licet verior sit sententia, quod in prima instantia liceat mutare libellum post litem con-

contestatam, de quo alibi, non tantum id licet in instantia Appellationis, quia alias in secunda instantia super nova actione litigaretur, de qua non erat actum in prima. Non ergo in secunda instantia status controversiæ pervertendus. *Mev. P.5. Dec.69. n.6.* Sic in prima instantia licet a petitorio resilire ad possessorium, sed non in secunda, quia adimeretur reo jus opponendi exceptiones in actione nova. *H. Pist. d. qu.*
87 *23. n.17.* 2. Non admittuntur nova, quæ ad novum capitulum pertinent; sed illa tantum nova allegari possunt, quæ iis, quæ in priori instantia sunt acta, sunt connexa, *arg. d. L. Per hanc.* quia appellationis Judex de alio non potest cognoscere, quam quod per appellationem ad eum fuit devolutum. *Dn. Kobl. Exerc.5. n.4. H. Pist. d. qu.23. n.18. Natta cons.573. n.35. & Klock. cons.51. n.6. vol.2.* Connexa autem sunt & ex antiquis dependent ex parte actoris, quæ actiooem institutam respiciunt, vel adjuvant; quando vero vel in re, vel in causa, vel in actione diversitas aliqua apparet, tunc id actionem non respicit, v. g. vindicavi agrum, nullo adducto titulo, in instantia Appellationis possum de titulo agere, quia est connexum. (Aliud, si ex causa certa prius ege-
88 rit.) Similis casus in *l. fin. C. provocare quando non est necesse.* Ex parte Rei connexæ sunt omnes exceptiones, quæ actionem elidunt, *H. Pist. d. qu.13. n.21.* ideoque in secunda instantia novæ exceptiones opponi possunt, quæ in prima sunt omissæ. *Mev. Part.3. Dec.416.* 3. Non enim volunt appellantem admitti debere ad probationem ejus, ad quod probandum ipsi datus a lege est terminus, quem ex negligentia præterlabi passus est, licet secus in termino a judice adsignato. *H. Pistor. Part.4. qu.24. n.4.* Et sic *hoc* casu datur purgatio moræ, non illo, *H. Pist. d. qu.23. n.55. Mev. part.2. Dec.235.* ubi hoc extendit, licet judex a quo expresse viam probandi præclusisset.

89 Si autem terminus certus a judice ad prosequendam appellationem non sit assignatus, tunc jure communi appellatio intra annum justificanda & ad finem perducenda, *l. fin. §. fin. C. de tempor. appell.* nam sicut primæ instantiæ triennium, intra quod finiendum, præstitutum est, ita appellatio debet expediri intra annum: quod fieri facile posset, nam causa in prima instantia aliquateuus jam excussa, *Petr. Greg. l.6. c.10. n.1. Stacc. qu.25. art.2. n.2.* nisi probet summa ope se nisum, sed

per

per judicem stetisse, vel inexorabili necessitate se impeditum, *d. §. 4.* ubi protestationem aliquoties repetendam esse necessarium vult, *Gail. l. 1. obs. 131. n. 9.* licet alii distingvant inter impedimentum contingens in persona judicis, vel ipsius appellantis, de quo *Scacc. plenius q. 15. art. 9.* nam si a judice impediatur, debet protestari de diligentia sua aliquoties, quod limitatur, nisi impedimentum notorium, ut si tyrannus occupaverit provinciam. Sed si aliunde impediatur, protestatio non requiretur, & tunc datur secundus annus.

Excipiuntur autem ab illo annuo fato 1. Si lis agitetur in Consistorio 90
Principis, si id fiat ob varias occupationes Consiliariorum, non vero ob negligentiam Appellantis. *d. l. fin. §. 3. C. de temp. appell.* Unde nec in Cameta hoc fatale observari vult *Gail. d. Obs. 131. n. 7.* Sed id de finienda intra annum appellatione intelligendum, nam per Constitutionem Justiniani non tantum justificari, sed & finiri intra annum oportebat appellationem; Sed id in Consistorio Principis ob publica negotia fieri non poterat; non tamen excusatur appellans, si primo anno justificationem non ediderit. 2. Si in medio motæ appellationis arbitri electi 91
vel Commissarii, *Auth. Si tamen. C. d. tit. Scacc. d. qu. 15. n. 105. Hill. in Don. l. 28. c. 8. lit. N.* ubi tamen appellans tantum tempus habet, quantum supererat tempore compromissi. *Petr. Greg. d. C. 10. n. 9.* 3 Si a partibus tempus prorogatum expresse, vel tacite, *Clem. Quamdiu. h. t. &* 92
Const. Friderici Imper. de Pace constant. §. In causis appellationum, &c. nam ex remissione partis cessat fatalium rigor. *Mev. p. 3. Dec. 410.* Poterit tamen ob periculum imminens illud abbreviare judex *Clem. Quamd. h. tit. Carpz. tit. 18. art. 5. n. 35.* & unus computandus a die interpositæ appellationis. *Clem. 3. h. t. Carpz. d. n. 25.* 4. Si mortuus appellans, dantur heredibus quatuor menses. *L. ult. C. Si pend. app. mors &c.* 93

Lapso vero biennio sententia transit in rem judicatam. *cap. 5. X. h. t.* Sed ob justam causam tantum tempus restituitur ex tertio an- 94
no, in quantum quis fuit præpeditus secundo anno. *Maranta tit. de Appell. n. 228. Hartman. Hartmannus l. 2. tit. 10. obs. 14. n. 7. Trentac. l. 2. de Appell. resol. 10. n. 16.* Et, si negligentia Advocati lapsa fatalia, dari restitutionem in integrum parti, tradit *Mev. p. 3. Dec. 29.* qua tamen restitutione opus non est, si fatalia nondum lapsa. *Mev. p. 3. dec. 177.*

Nec pauperi restitutio necessaria videtur, si ipsi non currant fatalia. *Mev. d. p.3. dec.178.*

95 Ne autem partes in infinitum extendere possint appellationis instantiam, utile foret, ut reduceretur Juris civilis Constitutio, ut intra annum non tantum fieret prosecutio, sed & ipse appellationis Processus finiretur, quod absurdum non esse exinde evincitur, quod jam antea causa in prima instantia ventilata; ea vero, quæ de novo allegantur, vel probantur, intra semestre, nedum intra annum, facile expediri possint, & in eventum alter annus concedatur, sicut suo calculo id comprobat *Autor præfati Discursus* §. Wann nur der Proceß *in hac secunda, &c.*

96 Est etiam hoc notandum, quod si appellans non prosequatur appellationem intra terminum a Judice constitutum, prope finem biennii posse appellatum petere a Judice, ut citet appellantem, & ut sine litis contestatione, absente etiam appellante, causa appellationis cognoscatur & terminetur per *d.l.fin.§.fin.C.de tempor. app.* sive pro absente, sive contra eum feratur sententia, ut tamen absens semper in expensas condemnetur. Conf. *Dn. Richter. ad d. Auth. n.10. Maranta h. tit. n.231. Fachin. l.1. controv. c.79. Bes. c.13. n.5.* Et hæ expensæ solvuntur non propter victoriam, sed contumaciam, *Ord. Cam. pr. tit. 4. §. fin. Gail. l.1. obs. 60. Mynf. c.4. obs. 69.* quando ex prioribus Actis sententia Appellationis fertur, tunc appellatus etiam in expensas victoriæ condemnari

97 potest. *Hill. l.26. c.3. lit. H. & l.28. c.9. lit. G.* Sicut & appellantem, e-manente appellato, procedere posse salubriter constitutum in Ord. Colon. ad Rhenum, tit. Wie wieder ungehorsame und ausbleibende Partheyen procediret werden solle. Ibi: Und wann der Appellat ungehorsam erkannt worden ist/ mag der Appellant in der Haupt-Sache procediren/ seine Gerechtigkeit fürbringen/ und biß zum endlichen Urthel verfahren/ des Ungehorsamen Aussenbleibens des Gegentheils unangesehen/ welches in erster Instantz eine andere Meinung hat. *Vide tamen ea, quæ supra de contumacia dicta sunt.* In cæteris in hac instantia eodem modo procedendum, ut in prima.

98 Si autem Appellatio, antequam introducatur, deserta fiat, judex a quo super desertione pronunciat, *Clem. Quamvis 2. de Appell. Gail. l.1. obs.*

obs. 137. n. 3. Scacc. de Appell. c. 11. n. 150. Carpzov. Part. 1. Jurisprud. Const. 20. Def. ult. & Berl. p. 1. concl. 50. n. 185. ideoque utile est, si ante introductam appellationem, appellatus testimonium non introductæ appellationis, a Judice ad quem petat, & Judici a quo insinuet. *Mev. part. 1. Dec. 140.* Sed si desertio sit illiquida, arctiora compulsorialia decerni possunt ad judicem a quo. *Mev. part. 3. dec. 221.* Sed si post in- 99
troductionem deserta sit, Judex ad quem super desertione pronunciare debet, appellato contumaciam & desertionem accusante, *Hartm. Pist. part. 1. quæst. n. 13. Carpz. d. const. 20. def. 30.* nec hoc casu judex a quo exequi potest suam sententiam, nisi judex ad quem pronunciaverit desertam esse appellationem; quid si enim restitutionem in integrum contra lapsum fatalis termini petat ex causa probabili? *Vid. Mev. part. 3. Dec. 409. Berl. Dec. 95.* Et, si appellans non possit purgare 100
contumaciam, & appellatio deserta sit, debet Appellans in expensas instantiæ hujus condemnari, si quas fecit appellatus, *Scacc. qu. 17. lim. 2. n. 124.* & si alias bonam causam habeat, *Mev. part. 5. dec. 290.* & remittitur executio ad judicem a quo. *L. ult. §. 4. C. de tempor. appell. Cap. Cum in Ecclesia. 38. X. h. tit. Gail. l. 1. obs. 113. n. 14. & d. obs. 137. n. 3. Mynf. cent. 4. obs. 94.* & quos laudat *Hillig. in Don. lib. 28. c. 8. lit. G. & Scacc. d. qu. 11. n. 169.* Sed quid de Expensis? R. Has liquidatas judex ad quem potest moderari juxta *Carpz. tit. 18. art. 6. in fin.* Sed quia judici ad quem incognitæ multæ circumstantiæ locorum, citra quam moderatio rationabiliter & distincte fieri non potest, putarem non absurdum, si ad Judicem a quo remittat forte his verbis; **Und ist Appellant die auch dieser Instantz Unkosten/ auff vorigen Richters Ermässigung/** Appellato **zu erstatten schuldig.** Si autem deserta sit appellatio, melius est remittere, sed si tamen id non fiat, ipso jure judicium revertitur. *Gail. l. 1. obs. 138.* Solent autem Practici varias causas desertionis allegare. Sed nisi desertionis pœna in jure communi, vel in ordinatione alicujus judicii expressa statuatur, contra desertionem in dubio pronunciandum, licet appellans id non præstiterit, quod præstare per legem vel statutum jubetur. Exempla habet *Mev. part. 2. dec. 363. & part. 5. decis. 291. & part. 2. dec. 197.*

101 Judex autem appellationis primo super formalibus debet pronunciare, an causa ad Superiorem devoluta, deinde super materialibus, quamvis interdum soleat respondere de utroque his formal. Wann gleich die formalia zu rechtbeständig wären / erscheinet doch aus denen materialibus so viel / &c. *Carpz. d. l. n. 85.* & tunc Judex de eo tantum potest cognoscere, de quo cognovit Judex a quo, nisi per consequentiam aliquid accedat, quod cum causa a Judice a quo cognita connexum est, *Carpz. part. 1. const. 20. def. 21. de quo supra*, & quidem de eo tantum puncto sententiæ, a quo appellatum, nisi capitula sint connexa, atque unum sine alio cognosci non possit. *Trentac. l. 2. tit. de Appell. res. 7. n. 13. Scacc. qu. 17. lim. 47. membr. 2. Hill. in Don. l. 28. c. 9. lit. B.* Et, si appellans partim relevantia, partim irrelevantia proferat puncta, per interlocutoriam separanda, quo partes sciant, ad quid respondendum sit, & super novis judex nihil pronunciet, nisi audita altera parte; Vetera si in prima instantia sint bene discussa, statim sententia prior super his confirmanda, vel reformanda, si vero probatione opus sit, exprimendum, quid probandum sit. ita *Mev. p. 2. dec. 109.* Et licet judex possit sententiam contra appellantem in deterius interpretari, *Carpz. p. 1. const. 19. def. 12.* aliud tamen, si in alio puncto vellet mutare,
102 in quo sententia transiit in judicatum. *Mev. part. 3. dec. 106.* Et causa definienda non ex Constitutionibus, quæ post priorem sententiam promulgata, sed ex illis legibus, quæ tempore prioris sententiæ obtinuerunt. *Nov. 115. cap. 2. Donell. & ibi Hillig. d. c. 9. lit. F.* V. gr. si ad alterum tantum per Novum Statutum restringuntur usuræ antea indefinitæ, vel monetæ valor mutatus. Nec enim quæritur, qualis esset sententia nunc ferenda, sed qualis fuit, cum lata esset. *Donell. lib. 28. cap. 9. lit. f. Petr. Gregor. lib. 8. cap. ultim. num. 10.* Sic etiam Judex Appellationis debet judicare secundum statuta loci, ubi lata prior sententia. *Heig. p. 1. qu. 4. n. 40. Rauchbarus p. 1. q. 1. n. 7. Hill. d. l. Scacc. qu. 18. Mev. part. 5. dec. 24.* v. g. circa juramentum calumniæ. *Idem Mevius p. 3 dec. 279. Conf. a me notata ad l. 1. §. 2. quorum appellationes*
103 *&c.* Et pronunciet justam vel injustam esse sententiam priorem, male, vel bene appellatam. *L. 6. pr. C. h. tit.* quod tamen verbis æquipollentibus fieri potest. *Hillig. d. cap. 9. lit. E.* Si autem priorem sen-

ten-

Google

tentiam etiam honoris causa tantum declaret, hoc confirmationi
prioris sententiæ magis accedit, *Carpz. dict. Constit. 20. Defin. 27.* hæc
adhiberi autem solet formula: Daß wohl gesprochen/ und übel davon
appellirt/ doch mit dieser Erklärung. *Carpz. d. l. n. 75.* Et, si Judex ad
quem vellet verba (male judicatum) omittere honoris ac reverentiæ
causa, hoc ei licet, teste *Carpz. d. l. n. 48.* Si ab interlocutoria appella- 104
tum, & prior sententia confirmata, causa remittitur ad judicem a quo,
*c. 38. & cap. 59. X. h. t. Mynſ. cent. 4. obſ. 94. Gail. l. 1. obſ. 131. n. 2. Scacc.
d. qu. 17. lim. 47. membr. 3. n. 19. & seqq.* Si autem male judicatum di-
catur, tota causa devolvitur ad judicem ad quem per *d. cap. 59.* quia qui
gravavit appellantem in uno, ei merito redditur suspectus, *Scacc. d.
membr. 3. n. 1. & seqq.* nisi ideo appellatum, quia judex a quo judex esse
noluit, *Mev. p. 3. D. 57. & P. 4. dec. 25.* ideoque cautelam hanc com-
mendat *Gail. l. 1. obſ. 136. & Hill. d. c. 9. lit. G.* ut appellatus coram judi-
ce appellationis renunciet puncto appellationis, petatque appellantem
compelli, ut in causa principali, omisso illo puncto, cui renunciatum
est, procedat, cui appellans contradicere nequit, quia appellationem
suam dicit esse legitimam, & petit pronunciari, male esse judicatum,
bene appellatum, quo casu causa non remittitur, sed judex ad quem
de causa appellationis pronunciat. *Gail. d. l.* Sed hæc cautela du-
bia redditur per *cap. 1. de foro comp. l. 6. in princ.* ubi judex ad quem
non potest, omisso appellationis puncto, de causa principali sine
consensu Diœcesani judicis cognoscere. Et *c. 1. l. 6. h. t.* de Pontifi-
ce loquitur, ideoque ad Pontificem vel Principis Tribunal hoc viden-
tur restringendum, ut facit *Petr. Gregor. lib. 8. c. ult. n. 2. Besold. c. 14.
n. 1.* Sed si a definitiva sententia appellatum, Judex superior, sive 105
confirmaverit, sive reformaverit sententiam priorem, exequitur sen-
tentiam. *Auth. Si quis litigantium. C. de Episcop. audient. Scacc. qu. 11.
n. 162. & seqq. Mynſ. cent. 4. obſ. 94. Coler. de Proc. Exec. part. 2. c. 2. n. 97.
Farin. q. 34. n. 115.* Si ab interlocutoria appellatum, remittitur causa:
Si vero judex ad ipsa causæ merita non transiit, sed Appellationem di-
cit esse devolutam, vel desertam, vel gravamina irrelevantia, tunc
executio est judicis a quo. *Mevius P. 4. dec. 349.* Sed hæc, nisi con-
suetudine aliud sit introductum, passim aliter observari videmus.

 Nam

Nam si sententia prior confirmetur, passim observatur, ut causa ad executionem remittatur ad judicem a quo, & sic per hanc remissionem finitur jurisdictio judicis ad quem. *Mev. part. 3. dec. 150.* Quod maxime verum est in criminalibus, ut exemplum pœnæ in loco criminis extet. *Guido Papa dec. 237. n. 2.* Quando autem deserta dicitur appellatio, tunc indubium est, causam esse remittendam, *cap. 26. h. t. Mynsi. cent. 4. obs. 49. Besold. d. l. n. 21.* & potest desertor ob notoriam malitiam mulcta affici. *Mev. p. 4. dec. 287.*

106 Appellans autem victus in expensas condemnandus est. *c. 5. de dol. & contum. Gail. l. 1. obs. 152. n. 4.* Appellatus autem victus non condemnatur in expensas, nisi ex prioribus actis condemnetur. *Hill. in Donell. l. 26. c. 3. lit. H.* Nam tunc videtur error juris esse commissus. Quod si appellans etiam renunciet appellationi, & res non sit integra, sed aliquos sumptus fecit appellatus, expensas illi restituere debet renun-

107 cians. *cap. 70. §. Ille denique. h. t. Scacc. q. 17. lim. 2. n. 124.* Alias pœna temere appellantium jure Civili est 50. librar. auri, *l. 6. §. 4. C. de Appell.* Jure Canon. vero arbitraria, *c. 50. X. h. t. Carpz. d. Const. 20. def. 29.* quod in nuperrimo Recessu dispositum. §. Würde sich aber Achtens/ x. ut temere appellanti pœna temere litigantium exasperata dictetur, item, ut temere appellans in duas pluresve usque ad 20. marcas auri condemnetur, vel etiam corporali pœnæ subjiciatur in §. und nachdem allen Neundens/ x.

108 Cum Appellatione sæpe ut affine remedium conjungitur nullitatis remedium, quamvis & remedium hoc principaliter intendi, imo & excipiendo opponi possit; & quamvis jure communi remedium nullitatis intra 30. annos opponi possit, cum officium nobile judicis 30. annos duret, *L. Sicut 3. C. de præscript. 30. annor. Vant. de nullit. tit. quid sit nullit. n. 2. Gail. l. 1. obs. 127. n. 8.* & quos allegat *Klock. vol. 2. cons. 47. n. 16. Carpz. part. 1. const. 26. def. 21. Berl. part. 1. concl. 61. n. 4.* nisi causa ipsa breviori spatio circumclusa, ut actio de dolo, & ædilitia, *Carpz. d. l. n. 10.* aut per statutum certus terminus definitus, ut in foro Saxon. *Carpz. d. def. 21. in fin.* nisi etiam excipiendo proponatur, quo casu perpetuo opponi posse tradunt *per l. 5. §. fin. ff. de Exc. doli.* ubi regula. *Cravett. cons. 268. Cavalcan. part. 1. dec. 23. n. 33. & Klock. d. cons. n. 18.*

In

In novissima tamen Constitutione Imperii placuit, ut remedium nul- 109
litatis intra 10. dies ad exemplum appellationis intenderetur, nisi esset nullitas insanabilis in persona judicis, vel partium, vel in substantialibus Processus §. Indem auch nunmehro zum Zehenden/ rc. ideoque licet jure Communi causa appellationis & nullitatis sint separata remedia, & fatalia appellationis non imponant finem nullitati, *Gail. d. n. 8. & Klock. d. cons. n. 45.* hæc tamen hodie *d. Recess.* contra se habent, nisi scil. nullitas insanabilis. Insanabilis autem nullitas in persona judicis est, quando Judex recusatus cognoscere pergit. Si judex competens sententiam tulit, si Arbiter contra tenorem compromissi judicaverit, quæ sententia nunquam convalescit, nisi a competente judice confirmata sit, a qua confirmatoria scil. appellari potest. *Mevius part. 1. dec. 100.* In persona partis, quando altera pars suam personam non legitimavit, vel sententia lata sine citatione. Si vero juramentum calumniæ omissum, vel non sit solenniter contestata lis, hæc non est insanabilis nullitas, & non attenditur in Camera Spir. nisi ubi irreparabile damnum, *Ord. Cam. p. 3. tit. 34. §. 1. in fine. Coll. Arg. thes. 106.* & ubi nullitas merita causæ afficit. *Mev. part. 1. decis. 78. & p. 5. decis. 139.* Alias si nullitatis remedium cum appellatione simul principaliter intentatum, licet principalis appellatio fuerit deserta, nullitatis tamen remedium non videtur exclusum, *Trentac. l. 2. tit. de Confess. resol. 1. n. 46. Mynf. Cent. 2. obs. 77.* & quos allegat *Klock. d. cons. 45. n. 46.* Quod intelligendum, si remedium Nullitatis æque principaliter cum Appellatione introductum. Aliud si incidenter nullitas allegata. *Mevius part. 4. dec. 189. & part. 2. dec. 154. conf. Carpzov. p. 3. decis. 245.* Nam notandum, tripliciter introduci posse Nullitatem. 1. principaliter & solitarie. 2. principaliter & conjunctim cum Appellatione, hoc modo dico, sententiam esse nullam, aut tamen injustam. 3. minus principaliter & implicite, quando non expresse allegatur, sed in ipsa Appellatione tacite continetur. *L. Quedam mulier. 41. ff. fam. herc. Gail. l. 1. obs. 77. n. 6. & obs. 127. n. 2. Petr. Friderus de Mandatis l. 3. c. 11. n. 24. Mynf. c. 5. obs. 91. n. 3. Mev. d. dec. 154. n. 10.* qua in parte *Georgius Hopnerus in Disp. Inaugur. de Querela Nullitatis. in Noviss. Vol. Basil. thes. 132.* talem posuit formulam sententiæ. In Sachen N. Ap-

N. Appellanten eines und N. Appellaten anders theiles/ ist allem Fürbringen nach/ von Amtswegen zu Recht erkant/ daß in voriger Instantz nichtiglich gehandelt und gesprochen/ überflüßig davon appelliret. Die Unkosten werden aus bewegenden Ursachen compensiret/ und dafern die Partheyen in der Haupt-Sache Spruch und Forderung nicht erlassen wollen/ soll solches an diesem Gericht geschehen und gehöret werden/ rc. Sicut e contrario, si de nullitate actum, de meritis causæ cognosci potest. *L. Absentum. 6. C. de Accus. Petr. Frid. d. c. 11 n. 25. Mev. p. 3. decis. 89. Conf. a me notata ad L. Si expressim. 19. ff. de Appell.* Ut autem ad priora redeam, quando secundo modo Nullitas æque principaliter inducitur, si Appellationi renunciatum, non statim Nullitati renunciatum videtur. *Scacc. qu. 17. n. 125.* Et, si Appellatio reperiatur deserta, facultas permittenda, Nullitatis causam ulterius prosequendi. *Bart. in L. Si expressim. 19. n. 10. ff. h. t. Covar. Pract. qu. 24. n. 8. & Höpnerus d. l. th. 130.*
110 Remedium autem nullitatis non impedit executionem prioris sententiæ, *Clem. 1. de Sentent. & rejudic. Scacc. de remed. 1. concl. 4. n. 1. Berlich. part. 1. concl. 11. n. 11. & seq.* nisi nullitas esset evidens & notoria, *Carpz. part. 1. const. 26. def. 22. Berlich. d. l. n. 17.* & ex ipsis Actis appareret, *Scacc. d. concl. n. 32. & seqq. Vivius l. 1. dec. 53. n. 5. & decis. 495. Tuschus concl. 136. lit. N.* vel in continenti probari posset, nec altiorem indaginem requirat, *Scacc. d. l. n. 60. & seqq.* quamvis, si nullitas sit manifesta, v. g. si judex debuit transmittere Acta, & ipse sententiam concepit, interdum confirmari possit, si ea Juri & Actis conformis a judice ad quem reperiatur. *Mev. p. 3. dec. 232. vide not. ad l. 21. ff. de Rebus cred.*
111 Tunc etiam secundo modo executionem impediet, quando executio est irretractabilis, ut in Criminalibus, *Scacc. d. l. num. 6. Berlich. num. 29.* aut si cum appellatione jungatur, *Scacc. n. 92. & seqq.* multo minus autem nullitas per modum exceptionis opposita, executionem impediet, nisi notoria sit, *Scacc. d. l. rem. 1. concl. 5.* v. g. Si ex Actorum inspectione absque alia extrinseca probatione probari possit Nullitas in continenti, *Gail. l. 1. obs. 77. n. 4.* scil. intra tempus executioni sententiæ præscriptum, ut in Saxoniæ Electoratu & Magdeburg. Primatu hoc declaratum. Sane post tres sententias conformes allegari Nullitas non debet.

Clement.

1. de Sentent. ob præsumtam calumniam, quæ si cesset, videtur Nulli-
tatis evidentis querela moveri posse. *Scacc. quæstion. 19. Rem. 1. concl. 4.
n. 21. & 25. Zang. part. 3. cap. 26. n. 28. Mascardus conclus. 68. n. 4.* Et li-
cet jure communi velint agi posse primum de Nullitate, postea de Ap-
pellatione, in Camera tamen Spirensi utrumque uno processu expe-
diendum hac forma: **Man bete über die Nullität zu erkennen / und ob
die nicht gegründet befunden / alsdann und nicht eher auff die andere
Klage der Ungerechtigkeit des vorigen Recht-Spruchs zu urtheln.** *Ord.
Cam. P. 3. tit. 34.* Sed per novissimum Recessum Nullitas intra decen- 112
dium alleganda, nisi sit insanabilis. Nullitas autem sententiæ inter-
locutoriæ coram eo, qui tulit sententiam, decidenda est. *Trentac. l. 2.
tit. de jud. resol. 11. n. 6. Scacc. d. remed. concl. 6.* Definitivæ autem nul-
litas coram eo, qui tulit, quia officium ejus nondum est finitum.
l. 5. §. fin. ff. de re jud. Sed hoc rarius fit, cum raro quis nullitatem su-
am agnoscat, ideo vel coram Superiore deduci potest elective, *Vi-
vius d. dec. 53. n. 8. Trentac. n. 22. Scacc. n. 73.* vel, si a Delegato, coram
delegante vel superiore, *Trentac. d. resol. 11. n. 11. & seq.* & causæ nul-
litatum in supplici libello pro impetrando Processu nullitatis specifice
exprimendæ. *Berlich. d. l. n. 10.* In Marchia Brandenb. si quis nullita- 113
tis remedium intendat, tenetur certam pecuniæ summam depone-
re in casum succumbentiæ admittendam. *Scheplitz. de Consuet. Mar-
chic. part. 2. tit. 8. §. 1. n. 15.* Nullitas interdum facile per Rescriptum
corrigi potest. *Mevius p. 1. dec. 277. & part. 3. dec. 67.*

Cognata etiam est Appellationi Supplicatio, quæ admittitur, 114
ubi ratione eminentiæ personæ appellatio non est licita, *l. 1. ff. de
Off. Præf. prætor. Novell. 119. cap. 5. Auth. Quæ supplicatio. C. de præ-
cib. Imper. offer.* non vero locum habet, ubi ex natura causæ appel-
latio prohibita, *Trent. l. 2. tit. de Appell. resol. n. 4. Hillig. d. l. 28. c. 6. lit. T.*
ut in possessorio summario; Nec habet beneficium *Legis Per hanc. C. de* 115
tempor. appell. ut aliquid novi in supplicatione allegare liceat, ut vult
Bachov. *d. l. th. 3. in fin.* licet Bachovius videatur confundere Revisio-
nem & Supplicationem. *Surdus vol. cons. 277. n. 31. & Camill. Borell. l. 2.
dec. tit. 34. n. 80.* Hodie multa nova in supplicationibus allegantur, qvan-
do a Camera Brandenb. Elect. ad Sereniss. Electorem supplicatur, cum

moribus hujus loci Supplicatio cum appellatione fere confundatur.
115 Supplicatio autem Jure civili intra biennium proponi potest per *d. Auth.* nec executionem remoratur, *Mindan. l. 2. de Mandat. c. 28. n. 1. Bach. th. 4. lit. F.* nisi interponatur intra 10. dies, & pars victrix satisdationem præstet, post 10. dies vero sententia sine satisdatione exequenda *per L. 5. & Auth. seq. C. de precib. Imper offer. Conf. Thesaur. decis. 181. Guttierez. l. 3. Pract. 99. q. 38. Maranta part. 6. actu 2. n. 10. Afflict. decis. 231. Gail. l. 1. obs. 132. Scacc. d. q. 19. remed. 3.* nisi executio sit irretractabilis & periculosa. *Ant. Gabriel. tit. de res execut. conclus. 1. n. 21.* Istam satisdationem in defectu fidejussorum & pignorum per juramentum fieri posse tradunt, *Rulandus a Valle cons. 43. l. 2. Hering. de fidejuss. c. 18. n. 101. Gail. l. 2. obs. 47. n. 9.* quia tamen supplicanti per hoc non satis cautum, melius forte consuleretur, scil. si res litigiosa, aut summa adjudicata in sequestro ponatur, *Salgad. in Labyr. p. 1. c. fin. n. 149.* ubi plu-
117 res citat. Apud nos in Marchia, cum a Serenissimi Electoris Camera appellari non possit, conceditur supplicatio ad ipsum Principem, quæ tamen intra 10. dies interponenda, ut Appellatio, neque opus habet introductione, sed justificatione, cum ipsi Domini Consiliarii directionem Processus retineant.

118 Ad fine Remedium est etiam *Revisio*, per quam ex iisdem Actis revisis de justitia sententiæ prioris cognoscitur, quæ *per Noviss. Recess. Imper.* §. Nach Berathschlagung des *puncti Appellationis &c.* non suspendit executionem, sed sententia prior executioni traditur, modo victor cautionem sufficientem præstet de restituendo in casum succumbentiæ, excepta tamen casu Religionis, in quo effectus suspensivus ad-
119 huc locum habet. Requiritur autem ad Revisionem, ut 1. Causa sit revisibilis, *tum* ratione quantitatis, ut scilicet sors sit bis millium Joachimicorum, *tum* ratione naturæ suæ, ut sit appellabilis, nam in quibus causis ab inferiore ad Cameram appellari non potest, in iis causis non admittitur revisio, si in prima instantia causa in Camera ventilata. *d. Recessu* §. Zu Abkürtzung der vielfältigen Revisionen &c. & §. Zu Fäl-
120 len/da die *Appellationes &c.* 2. Ut intra quatuor menses a die latæ sententiæ computatos Dno Electori Moguntino, vel, si ipsum concernat causa, Trevirensi Domino Electori insinuetur Revisionis Schedula una cum

cum gravaminibus summar e, seu punctatim consignatis. *d.* §. In Fäl-
len die *Appellationes &c.* 3. Ut tam Advocatus, quam ipsa pars juramen- 121
tum revisorium præstet in ipsa Camera. *d.* §. In Fällen/&c. 4. Ut Acta 122
revidenda statim taxentur, & sportulæ in Archivo, a petente revisio-
nem, deponantur, quarum jacturam facit, si sententia prior confirma-
ta, aut Revisio deserta, aut illi renunciatum sit, salva tamen transactio-
ne partium ante revisionem susceptam inita. §. Damit denn auch die
Partheyen/&c. Pars autem unaquæque in unico scripto omnia meri-
ta causæ pertractat, nova non exprimit: Revisores Acta perlegunt,
quamvis Actis amissis, si de jure quæstio sit, Revisio fieri possit per tradi-
ta *Joh. a Sande l.2. tit.16. def. 2.* a judicibus causas decidendi requirunt,
postea soli cognoscunt: Si sententia corrigitur, pecunia restituitur, ju-
dex punitur, &c. 5. Ut & si magna temeritas, vel prurigo litigandi, debe- 123
at pars non tantum, sed & Advocatus mulcta pecuniaria affici, & in sub-
sidium, si pauper, pœna corporali. *d.* §. Damit auch. Quæ etiam iis in lo-
cis, ubi revisiones admittuntur, usum suum habere possunt, & per hæc
multæ quæstiones decidi possunt, de quibus *Benderus in pecul. Tr. de
Revision. Mindan. l.2. de Mandat. c.28. Borell. Tom.2. decis. tit 34. Schrad.
part. 2. cons.34. & duob. seqq. per Recessum Imper. de Anno 1600.* §. Es
soll aber denen Unterthanen/16. &c. Si summa non appellabilis, vel Su-
perioris ex privilegio non appellabilis, possunt gravati revisionem pete-
re, sicut & Stadæ receptum, referente *Mevio p.5. dec.110.* Et in ipso Tri-
bunali Regio Wismariensi, *eodem Mevio* referente *p.5. dec.139.*

Affine etiam est Remedium suspensivum, licet non devolutivum, 124
quia coram eodem judice tractatur, & observantia Juris Saxonici in-
troductum, scil. Leuteratio, de qua *Carpz. ad Constitut. AUGUSTI.19.
part.1. & in Process. tit.17.* quæ in eo ab Appellatione differt 1. quod Ap-
pellationis causa coram alio, & quidem superiore judice ventiletur,
Leuterationis vero causa coram eodem. 2. quod in appellationis instan-
tia audiantur novæ probationes, quæ in Leuterationis instantia non ad-
mittuntur ob lapsum terminum legalem Juris Saxon. *H.Pist. part.4. qu.
24. n.4.* quod tamen locum non habet in causis favorabilibus, & instru-
mentis noviter repertis, cum jure Saxonico ad minimum instru-
mentorum copiæ in termino legali exhibendæ sint, *Carpz. d. art.1.*

115 *n. 92.* per ea, quæ tradidit *Carpz. d. art. 1. n. 91. & seqq.* Licet tempus interponendæ sit appellationi commune, intra 6. menses tamen & tres dies a die interpositæ Leuterationis computandos, leuterans tenetur petere citationem Leuterati ad prosequendam Leuterationem. *Dn. Moller. ad d. Constit. 19. n. 3. Carpzov. d. tit. 17. art. 3. n. 25. & seqq.* nisi dilationem petierit Leuterans, ubi tamen pro alio termino ad prosequendam Leuterationem præfigendo, ac citatione emittenda instare debet, nisi deserta dici debeat Leuteratio. *Berlich. part. 2. dec. 211.*
116 *Carpz. d. art. 3. n. 45. & seqq.* 4. Quod etiam ab omni sententia leuterari possit in foro Saxonico, in quo tamen apud Saxones, sed non apud nos, cum appellatione convenit, per tradita *Carpz. d. t. 17. art. 4.* 5.
117 Leuteratio etiam post tres admittitur conformes sententias post *Coler. part. 1. dec. 140. n. 2. Carpz. d. art. 4. n. 7. & seqq.* ut tamen uni parti non nisi semel leuterare liceat in uno puncto, nisi in Leuterationis sententia novum emerserit gravamen, post *Moller. ad d. const. 19. n. 126. Carpz.*
118 *d. art. 4. n. 61. & seqq. conf. Carpz. P. 1. C. 19. def. 4. & seqq.* 6. Dantur in supremis Judiciis Oberleuterationes vel Revisiones Actorum, quando scil. statim sine devolutione causa in supremo judicio ventilari cœpta, & ibidem definitive pronunciatum, vel quando causa in inferiori judicio tractata, sed ab interlocutoria appellatum, nam & tunc Oberleuteratio locum habet. *Carpz. tit. 17. art. 5. n. 37.* Habet tamen Leuteratio cum Appellatione hoc commune, quod executionem removeat, quod utrique parti sit communis, & quod Leuterati in gratiam possit reformari sententia, si in eodem puncto, a quo leuteratum, gravatus, vel si a tota sententia leuteratum. *Carpz. tit. 17. art. 1. n. 39. & seqq.* Et ut appellans, ita etiam leuterans a sententia interlocutoria causas gravantes statim explicare debet. *Carpz. d. l. n. 64. conf. Carpz. lib. 3. Resp. 102. & seq. Ericus Mauritius conf. schon. 8. & alii Scriptores Saxonici.*

119 Affinis appellationi est etiam *Restitutio in integrum*, quæ est remedium extraordinarium, per quod contra sententiam ex capite minorennis ætatis, vel doli, vel ex absentiæ causâ, vel clausula generali · *si qua alia justa causa videatur*, quis restituitur, de quo remedio pluribus agitur in *l. 4. ff. & l. 2. C. l. i. r.* Et hoc remedium suspendit executionem, *l. un.*

Google

l. un. C. de in integrum restitutione postulata ne quid novi. Mynsi. cent. 1. obs. 48. & cent. 6. observ. 80. maxime si hoc beneficium petatur ante inchoatam executionem. *Mynsing. d. obs. 80. Trent. l. 2. tit. de Rest. resol. 2. & Joh. a Sand. l. 1. tit. 15. Def. 3.* Hoc tamen tertio non opponendum. *Mevius Part. 2. dec. 297.* Et hoc beneficium coram eodem judice, qui sententiam tulit, petendum, non a superiore: In aliquibus judicus remedium Ordinarium esse videtur, ut in Pomerania, ubi intra 6. septimanas interponendum, & hoc implorans, juramentum malitiæ præstare tenetur, quo casu etsi gravamen in continenti non possit probari, executio tamen suspenditur. Nam hic est effectus juramenti malitiæ, ut, licet gravamen non possit in continenti probari, suspendatur tamen executio. *Ord. Proc. Pomer. tit.* Von Wiedereinsetzung in vorigen Stand. Et solet primo consuli Collegium, an gravamina sint relevantia, & solet responderi hoc modo: Daß die wider die Urthel eingewandte gravamina für erheblich nicht zu achten / derhalben es bey vorigen Urthel zu lassen. Vel ita: daß die gravamina für erheblich zu achten / und zu fernerer deduction zu verstatten. Deinde utraque parte audita fertur sententia: Daß implorant wider vorige Urthel billig in integrum zu restituiren. Interdum etiam, quando quæritur, an gravamina sint relevantia, statim reformatam priorem sententiam vidi: daß die gravamina erhebl. und vorige Urthel dahin zu reformiren. In supremo Regiæ Majestatis Sveciæ Wismariæ judicio vidi interdum ita pronunciatum: daß die gravamina für unerheblich nicht zu achten / sed hoc in Appellationis instantia.

Cognata est etiam *Avocatio Causarum*, quæ est litis coram inferiori 130
judice pendentis ad superiorem absque appellatione facta translatio, quæ avocatio omni judici concessa. *l. 58. de Jud. Covarr. Pract. q. 9. n. 1.* Sed si concurrentem Jurisdictionem habent & præventioni locus, non habet avocatio locum. *Covarr. d. q. 9. n. 3. Berlich. part. 2. concl. 6. n. 9. & part. 1. decis. ultim. n. 4.* Et sic quia Princeps Imperii non habet concurrentem jurisdictionem cum Camera sua, vel suo judicio Aulico, ergo licita est avocatio, item locum non habet Avocatio, si judex non habeat liberam potestatem inferiorem destituendi, *Schrad. de feud. part. 10. sect. 1. n. 180. Covarr. d. l. n. 4. Scheplitz. Consuet. Marchic. part. 2. tit. 3. §. 6. n. 3.* & ubi superior inferiori per modum contractus concessit

Jurisdictionem. *Berlich. d. conclus. 6. n. 5.* Sic in feudum data jurisdictione non habet locum avocatio, nisi vasallus coram incompetente judice litigaret. *Rosenthal. de feudis c. 12. concl. 1. n. 55.* Sic si Princeps civitati per modum contractus onerosi contulit jurisdictionem, Princeps avocare a Senatu causam nequit, quia privata concessio est, licet dissentire videatur *Borchold. part. 2. consf. 16. fol. 96. §. Attamen.* Sed causam coram suo Præside, Capitaneo, Academia pendentem, Princeps potest avocare *Covarr. Pract. quæst 8. n. 4.* Sed a civitatibus etiam fit avocatio ob causam, quando justitiam protrahunt. Ubi tamen solent præcedere Excitatoria mandata sub pœna avocationis causæ. Ex dictis apparet, quod duplex possit dici Avocatio, *alia* Absoluta, *alia* ob causam. Et sic verius est, Imperatorem a Camera causas avocare non posse, *Gail l. 1. obs. 41. n. 3. Schrader. d. l. n. 185.* & quos citat Berlich. licet ipse contrarius
131 *d. concl. n. 8.* Post avocationem autem factam, si quid agat & attentet inferior Judex, precariam jurisdictionem habens, omnia ipso jure sunt nulla. *Covarr. d. l. n. 7. Berlich. d. concl. 6. in fin.* conf. *Borell. Tom. 2. decis. tit. 27. Hillig. l. 17. c. 18. lit. D. Ricc. collect. dec. 49. & 1763.*

132 Jure Canonico affine etiam est Remedium susceptum *iter ad Pontificem vel Principem*, nam hoc ipso in effectu videtur appellatum esse. *c. 52. X. de Appellat. c. un. X. de Cleric. peregrin.* Idem si quis Principem inferiorem adeat, qui per viam querelæ adiri possit. *Lancell. de Attent. p. 2. c. 12. ampliat. 16. n. 4.*

133 Ultimum cognatum est SYNDICATUS, sive Actio adversus judicem ob male latam sententiam ad interesse, de quo integri tractatus. *Paridis de Puteo & aliorum.* Si enim Judex litem suam faciat, in quantum æquum visum fuerit judici, condemnabitur, *L. ult. ff. de extraord. cognit. pr. I. de Oblig. ex quasi delict.* & in quantum facere potest. *Menoch. l. 2. A. Qu. casu 339. n. 5.* Si autem dolo injuste ferat sententiam, in solidum tenebitur *l. 15. pr. de Judic. Donell. l. 28. c. 2. Joh. Bapt. Cæsar. consil. illustr. 59. n. 9. vol. 2. Tusch. concl. 404. lit. I. Colleg. Argent. de Re jud. n. 72.* Et, si judex pecuniam vel promissionem accepisse convincatur, in causa pecuniaria triplum ejus, quod datum, vel duplum promissi fisco solvit, & dignitate cadit. *l. 12. de Dignitat.* In causa vero criminali, bonis confiscatis in exilium mittitur. *Auth. Novo Jure. C. de*

pœna

Google

pœna judic. Nov. 124. c. 2. Si vero pars non probaverit fordes, judex vero juraverit, se nihil accepisse, pars, quæ allegavit corruptionem, tenetur fisco in æstimationem, in civilibus, in criminalibus ejus bona confiscantur. *d. c. Steph. ad dictam. Nov.*

CAPUT ULTIM.

De REI JUDICATÆ EXECUTIONE.

SUMMARIA.

N. 1 *Executio sententiæ fit multis modis.*
2. *Immissionis effectus.*
3. *Signum hujus.*
4. *Quomodo contra pupillos fit immissio.*
5. *Immissio a judice incompet. facta, an tribuit jus retent.*
6. *Quomodo in realibus fit executio.*
7. *In personalibus condemnatus habet 4. menses.*
8 *Quis judex exequitur.*
9. *Per quos, an etiam per alium judicem, & n. seq.*
11. *An per judicem inferiorem.*
12. *An Executor de exceptionibus oppositis potest cognoscere.*
13. *Quid de Nullitate.*
14. *Quid de mero Executore.*
15. *An executio statim contra fidejussorem fieri possit.*
16. *Non contra tutorem, aut procuratorem.*
17. *Nec contra eum, qui in judicio nominatus non est.*
18 *Tertius se potest opponere executioni.*
19. *Exemplum in Uxore.*
20. *Aliud in patre.*
21 *Explicatur L. 57. de Rei Vind.*
22. *Forma executionis Jure communi.*
23 *Quæ Jure Camerali.*
24. *Quæ in inferioribus judiciis.*
25. *Hypotheca primo excutienda.*
26. *Postea mobilia.*
27. *A victoribus mobilibus incohoandum, & specificatio bonorum exhibenda.*
28 *In quæ non debet fieri executio, ut instrumenta Agriculturæ.*
29. *Cista aperienda.*
30. *Mobilibus deficientibus, ad immobilia progrediendum.*
31. *Quæ immobilia eligenda.*
32. *Quid subhastatio.*
33. *Datio in solutum.*
34. *An Taxatio præcedere debet.*
35. *Aliquo licitante, id publice significandum.*
36. *Emtore non reperto, quid faciendum, & n seq.*
38. *An in substantiam feudorum fiat executio.*
39. *Demum ad Nomina procedendum.*
40. *Executio nominum initio fieri potest, volente debitore.*
41. *Quid si hic ordo inversus.*
42. *De beneficio Competentiæ.*

SI

1 SI sententia transit in rem judicatam, nihil aliud restat, quam Executio, quæ fit per immissionem, vel rei adjudicatæ solutionem & hoc per capturam pignorum, vel ipsius rei adjudicatæ capturam.

2 Immissio fit per Judicem competentem, qua pignus judiciale consequitur Victor, non aliter tamen, nisi realiter immissus fuerit, quia solum decretum de immittendo pignus non tribuit, *L. Non est mirum. 26. ff. de pignor. act. Modest. Pistor. part. 4. qu. 165. n. 2. Carpz. part. 1. Const. 28. def. 139. & de process. tit. 25. artic. 1. n. 8. Richter. de privil. credit. disp. 10. sect. 3. p. 287.* nisi per partem non stet, quo minus victor immitti posit, uti id pluribus persequitur *Carpz. d. art. n. 15. & seqq.* Hinc si judex victo dilationem det sine consensu creditoris, creditor habendus pro immisso. *Carpz. d. l. n. 20.*

3 Signum hujus immissionis non tantum in foro Saxonico, sed & alibi, ubi Jus civile viget, est, ut resecetur frustulum ligni ex janua.

4 Contra pupillos indefensos non potest fieri immissio ex sententia & executio, ut tradit *Carpzov. d. art. 1. n. 32.* quod ita intelligendum, ut ad venditionem bonorum procedatur, nam alias ex primo decreto in eorum, si non defendantur, bona potest fieri immissio, ut res creditori salva sit; & iniquum esset, creditorem, qui cum pupillo non contraxit, sed cum parente ejus, pubertatem ejus expectare debere, *L. 3. pr. ff. quib. ex caus. in possess.* debent tamen prius citari tutores & cognati, *l. 5. §. 1. d. t.* & pupillus alimenta ex bonis subministranda, *L. ult. ff. de reb. author. jud. possid.* nec ad secundum decretum tempore pupillaris ætatis sine gravi causa proceditur. vid. *Bachov. vol. 2.*
5 *disp. 24. th. 2. lit. C.* Et hanc immissionem etiam a Judice incompetente factam jus retentionis creditori parere tradunt post *Barth. Bald. Castrens. Tiraq. & Neguzant. Surdus hos citans dec. 46.* cum quo facit *Gratian. l. 1. discept. forens. 16. n. 36. Molignat. de Jure retent. qu. 59.* & hos citans *Klock. vol. 2. cons. 21. n. 38.* Scil. si alias de debito constet, & probatur hæc sententia per *L. Si non sortem. 26. §. 4. de Condict. indeb.*

6 Si autem ad ipsam solutionem rei adjudicatæ ventum sit, jam aliter in realibus, aliter in personalibus actionibus progredi Leges jubent; nam in realibus Leges volunt statim jubendum esse reum, ut sententiæ pareat, *§. Et si in rem. I. de Off. Jud. Coler. de Proc. p. 3. c. 6. n. 14.*

Unum.

Ummius ad Proc. disp. ult. n. 17. & si rem habeat, & tamen restituere nolit, potest manu militari jussu Judicis ab eo auferri per *L. Qui restituere. ff. de Rei vindic.* nec obstat *l. 1. C. de off. mil. jud.* quia de Executione Sententiæ non loquitur; vide defensionem hujus Legis contra *Anton. Fabrum apud Donell. & ibi Hill. l. 20. c. 6. lit. G. Bachov. de Actionib. disp. 7. th. 11. Berlich. concl. 81. n. 27.* licet in foro Sax. detur spatium 4. dierum, *post. Schneidew. Carpz. d. tit. 25. art. 3. n. 3.* Nec auditur possessor condemnatus, licet pretium etiam justum offerat. *Mev. part. 2. dec. 271.*

7 In personalibus autem judiciis datur quadrimestre spatium condemnatis, *l. fin. C. de Usur. rei judic.* si scilicet quantitas petatur, nam ubi species petitur actione personali, ut res commodata, deposita, emta, oppignorata, non datur condemnatis hoc spatium, nisi re perempta ad æstimationem agatur, tunc enim quadrimestre spatium dabitur, quod spatium tamen anticipari potest, si illi renunciatum, *Coler. de Proc. part. 3. c. 6. n. 8.* vel si ex maleficio conveniatur, aut præstandæ rei in continenti facultatem vel pecuniam paratam habeat, *l. 31. ff. de re jud.* aut si in mora sit periculum, ut si alimenta petantur, vel utilitas publica, vel favor ætatis anticipationem postulet. *L. 2. ff. de re jud. & ibi Zas. & Ummius d. l.* Potest etiam hoc spatium prorogari ex justa causa. *Gudelinus. de Jure noviss. l. 4. c. 16. Christin. dec. 168. n. 19. vol. 5.*

8 Fit autem Executio regulariter per judicem eum, vel ejus judicis jussu, qui sententiam tulit, cum Officium Judicis Nobile per sententiam non finiatur, & veniat in consequentiam primæ actionis, & nec continentia causarum dividatur. *Scacc. de Sent. gl. 14. q. 11. n. 4.* Interdum etiam Executio fit etiam per delegatum, *C. 7. 26. & 27. X. de offic. judic. deleg.* quod de Delegato Principis tantum intelligendum. *Menoch. l. 1. A. Qu. casu 74. Ceval. quæst. 632.* Exequitur autem Judex Sententiam 9 suam per ministros, interdum vero, quia exequi non potest sententiam potest alterius judicis officium atque opem per subsidiales implorare, v. g. si Judex, qui sententiam tulit, ob defectum bonorum in eo loco sententiam exequi nequit, tunc enim alius Judex, sub quo Reus bona habet, per literas mutui compassus requirendus, *Umm. disp. ult. n. 6. Berlich. Part. 1. concl. 79. n. 12. Carpz. d. tit. 25. art. 1. n. 26.* modo imploratus judex habeat jurisdictionem saltem cum mixto imperio. *Menoch.*

remed. 4. ad. possess. n. 40. Berlich. d. conclus. 79. n. 39. Sed victor coram
alio judice, sub quo forte hypotheca sita, executionem sine subsidiali-
bus petere nequit, nisi novam ibi instituere velit. *Mev. p. 6. dec. 202.*
10 Nonnunquam etiam Sententia ab Ecclesiastico Judice fertur, quæ ab
ipso executioni mandari nequit, nisi implorato brachio seculari, si sci-
licet Ecclesiasticus judex omnia sua remedia coercendi frustra tentavit,
aut executio non fieri possit a Judice Ecclesiastico, *Gail. l. 1. obs. 115. n. 5.*
Borell. d. tit. 32. n. 312. de quo *Rutg. Ruland. de invocatione brachii secu-*
laris, sicut & judex secularis brachium Ecclesiasticum implorat, de quo
11 *Borell. Tom. 2. decis. tit. 23. n. 309. & seqq.* interdum executio conceditur
Judici inferiori, quando ipse Judex, qui tulit sententiam ob multitudi-
12 nem causarum, ipse exequi per ministros non potest; Et de his Execu-
toribus omnibus quæritur: *An possint cognoscere de Exceptionibus, quæ*
ab iis, contra quos sententia executioni mandanda, proponuntur? Et re-
ceptissima est distinctio; an Exceptio prolata impugnet sententiam,
& ipsa causæ merita concernat, & de iis Executor non cognoscit, *L.*
Si ut proponis. 6. & l. penult. C. de exec. rei jud. an vero talis sit, quæ me-
rita causæ non concernit, sed ordinem executionis, & an in hac vel il-
la re debeat fieri executio? & super eo puncto omnino Executor co-
gnoscit, *L. A Divo Pio. 15. §. In venditione. 2. & §. Si reum. 4. ff de re jud.*
Mynſ. centur. 3. obs. 69. Berlich. d. l. n. 44. vel si exceptio talis, quæ non
impugnat sententiam, ut Exceptio Compensationis, pretii non solu-
ti, alimentorum, competentiæ, divisionis, & quæ in Executione post
sententiam opponi potest, *l. 11. C. de SC. Macedon.* defectus Man-
dati. *L. Licet. C. de Procur.* Item nullitatis ex alio capite. *Wamnes. in-*
ter cons. can. cons. 88. Cedendarum Exceptio, item Usurariæ pravi-
tatis, Erroris calculi, *Hartm. Pist. obs. 209. num. 19.* & omnis Exce-
ptio, quæ ex eodem instrumento ortum trahit, *Hartm. Pist. d. l.*
n. 22. de quibus exceptionibus Dd. passim, præsertim *Berlich. d. concl.*
79. num. 47. & seq. Gail. lib. 1. obs. 113. num. 8. & lib. 2. observ. 17. Si ta-
men Executor videat sine injuria alterius executionem fieri non
posse, debet prius momenta causæ ad Mandantem referre. *Mev. p. 1.*
13 *decis. 143.* De nullitate Sententiæ Executorem cognoscere posse sta-
14 tuunt *Dd. Camill. Borell. d. tit. 32. num. 260. Berlich. d. l. n. 57.* Nudus
sane

Digitized by Google

sine & merus executor post causam sufficienter cognitam, de nulla ex-
ceptione cognoscere potest. *Vid. Menoch. l. 1. A. Qu. casu. 38. n. 20. & seq.*
Fit autem Executio contra ipsum condemnatum, ejusque bona & 15
heredem, *l. 44. ff. de re jud. Roder. Suarez. in L. Post rem judicatam. ex-
tens. 1. pag. 551. Borell. d. tit. n. 179. Ummius d. l. n. 8.* vel fidejussorem ju-
dicialem, qui scil. de judicato solvendo satis dedit. *L. ult. in fin. C. de
usur. rei jud. Suarez. in d. l. notab. 9. n. 1. Ummius d. l. n. 9.* Aliud autem
in fidejussore, qui suam fidem pro contractu interposuit; contra hunc
enim novo Processu opus esse tradunt Dd. communiter. *Mynsing. Cent.
4. obs. 66. Borell. d. tit. 1. n. 159. Ummius d. l.* Contra illum vero, qui alieno 16
nomine condemnatus est, v. g. contra tutorem, & Procuratorem, exe-
cutio fieri debet ne quidem per immissionem, nedum per distracti-
onem. *L. 4. §. 1. ff. de re jud. Berlich. part. 1. conclus. 80. n. 49. Borell. d. tit.
295. Carpz. de Process. tit. 25. art. 1. n. 36. & seq.* Nec contra eum fieri debet 17
Executio, qui in judicio nominatus non est, *l. 4. & 14. ff. de Except. rei
jud.* nisi jus tertii ex jure litigantis dependeat, *juxta L. Saepe ff. de re jud.*
de quo supra, aut res sit litigiosa, nam tunc executio etiam contra em-
ptorem rei litigiosæ fieri potest, *l. 2. de litig. Gail. l. 1. obs. 118. Tusch. con-
clus. 488. l. E. Borell. n. 170. Ummius n. 10.* & quos allegat *Klock. cons. 4. n.
35. & cons. 55. n. 18. vol. 2.* item nisi tertius sit cessionarius, cedente con-
demnato. *Ummius d. l.* Sed & tertius se opponere potest executioni 18
contra condemnatum institutæ, propter suum interesse per *d. l. 15. §. 4.
de re jud. L. 15, a quo. 57. de Rei vind. Covarr. Pract. qu. 16. Vivius decis. 304.
n. 3.* si hoc summatim, & intra breve tempus semiplene saltem probare
velit, alioquin non est audiendus, multo minus si præsumptio malitiæ
contra intervenientem militet, *cap. 6. de restit. Covarr. d. l. n. 2.* mi-
nime vero si tertius prohibeat condemnato, ut pareat, v. g. Præ-
fectus subjecto. *Mevius p. 3. decis. 160.* Sic uxor, constante matri- 19
monio, contra creditores mariti executionem petens, potest se
opponere, vergente marito ad inopiam, & petere, ut, quia ma-
ritus onera matrimonii non fert, assignetur sibi portio pro alimen-
tis ex *L. Ubi adhuc. 29. C. de Jur. dot. Tessaur. decis. 208. Neguzant. de
pignorib. part. 5. membr. 1. num. 29. Berlich. part. 1. conclus. 84. numer.
47. Bald. Novell. de dote part. 7. privil. 18. numer. 24.* Sed quid si

rr 2 Uxor

Uxor condemnata pro debito ante matrimonium contracto, an creditor potest petere executionem in rem dotalem? Et utendum duplici distinctione, 1. an res dotalis Creditori, antequam marito in dotem daretur, fuerit obligata, an non, ut *illo* casu putarem, affirmandam esse quæstionem, *hoc* casu negandam. 2. An omnia bona dederit in dotem, an vero certam summam, certumque prædium, nam *isto* casu danda esset executio, cum bona non intelligantur, nisi deducto ære alieno *per L. Subsignatum. §. Bona. ff. de Verb. Sign.* Sed *posteriori* casu non, nisi ob-
20 ligatum prædium, ut dixi. Sic Pater ob usum fructum, quem habet in bonis filii maternis, aliisque adventitiis, potest se interponere, quando executio contra filium condemnatum instituenda est, *Borell. d. l. n. 234.* nisi consentiente patre debitum contractum, aut pater consentire debuit. Interdum vero tertii interventio non potest impedire executionem, sed ea peragitur, & præstatur a parte victrice cautio per *d. L. Is, a quo. 57. ff. de R. V. Covarr. Pract. quæst. 16. n. 3. Gail. l. 1. obs. 70.*
21 *n. 21 Riccius collect. decis. 619. Borell. d. l. n. 108. & seq.* Sed intelligendum hoc est non de proprie dicta interventione, verum de actione tertii, contra reum, in alio peculiari judicio instituta de eadem re. Nam si interventio fiat proprie sic dicta, pendente judicio primo, & in ipso hoc judicio, tum supersedendum ab executione. *P. Bark. ad L. Si alienam. ff. soluto Matrim. n. 15.* Si autem sententia lata contra reum, alius petat rem eandem, nec suspenditur executio, nec cautio necessaria. *Covarr. pract. q. 16. n. 3. Hillig. in Donell. l. 20. c. 7. lit. L.*

22 Forma autem executionis in eo consistit, ut victor officium Judicis imploret, vel actione judicati agat, quo casu ultimo libello opus esse, ni fallor, inepte statuunt quidam. Vid. *Borell. d. tit. 32. n. 182.* In Camera neutro casu novo processu opus est. *Gail. l. 1. obs. 113. n. 10. Berlich. concl.*
23 *81. n. 3.* Petendum autem primum mandatum executoriale, vel denunciatio per executorem petitur, ut solvat intra certum tempus, aut executionem expectet. Executoriales decernuntur ad partem victam cum comminatione pœnæ pecuniariæ, cujus dimidia pars fisco, altera victori applicanda, cui nisi pareatur, arctiores Executoriales sub pœna banni dantur, cui nisi pareatur, demum pœna banni decernitur & fit Executio juxta *part. 3. Ord. Cam. tit. 48.* Sed solet in Camera Spir.

hoc

Digitized by Google

hoc discrimen observari, ut si ad Cameram causa devoluta per appellationem, & prior sententia confirmata, tunc executoriales dentur ad partem: quando autem Appellatio non devoluta, vel deserta pronunciatur, mandatum Executoriale ad Judicem decernitur sub pœna pecuniaria. *Ordin. Cam. d. l. in princ. & §. 1. & tit. 50. §. 5. Mynſ. c. 6. obſ. 24.*
In inferioribus judiciis decernuntur Executoriales, quarum ad Exe- 24
cutionem hæc summa, **daß er dem debitori Ankündigung thue in einer benandten Zeit zu bezahlen / oder der Pfändung oder Einweisung / oder Verboth der Dienste gewärtig zu seyn.** Quibus ni pareatur, ex Ordinationum tenore debet statim Executio fieri.

Apprehensio, & distractio bonorum, si pecunia parata non adsit, 25
(nam alias hæc statim victori solvenda. *Coler. de Proceſſ. Exec. part. 3. c. 9. n. 25. Carpz. de Prot. tit. 23. art. 2. n. 12. Berlich. d. concl. 81. n. 82.*) hoc ordine facienda juxta tenorem *d. l. A Divo Pio. 15. ff. de re jud. Primo* videndum, an victor habeat hypothecam, & tunc in bona hypothecata pro lubitu potest petere Executionem, *L. 8. ff. de distract. pignor. H. Piſt. quaſt. 12. n. 7. Coler. d. c. 9. n. 29. Carpz. d. tit. 25. art. 2. num. 2.* ita ut vel ipsi in solutum detur hypotheca, si velit, vel hypotheca subhastetur, utrum elegerit creditor, semel tamen electione facta variationi locus non est. *Mevius part. 4. deciſ. 304.* Addictio pignorum videtur facta, si mediante æstimatione tradita sine ullo
decreto. *Mevius d. part. 4. dec. 305. Deinde*, hypotheca non existen- 26
te executio ita fit, ut primo accipiantur mobilia, per bimestre spatium, *L. Debitoribus. 31. ff. de re jud.* aut per mensem, vel aliud tempus statuto comprehensum, in judicio deposita conserventur, & nisi reluantur, postea vendantur publice sub hasta, emtore non reperto, taxantur ea bona mobilia, & victori in solutum addicuntur. *d. l. 15. §. 3. Donell. lib. 27. cap. 3. lit. Aa.* Conferatur **Land-Reuters Ordnung §. Anfänglich da der Schuldner / x.** Executio autem semper fit in Usuras & Sortem, non in expensas, nisi prius moderatæ sint a Judice, & pignora per mensem in Executoris custodia perennent, post per peritos, citato reo, taxanda, & si intra 14. dies non reluantur, venduntur, aut, si non possint vendi, in solutum
dantur. *d. Ord.* **§. Do aber dieselbe.** Inter ipsa mobilia hic Ordo ob- 27

 servan-

servandus, ut a vilioribus fiat initium, *Berlich. d. concl. 81. n. 32. & 62.* *Carpz. d. art. 2. n. 12.* quamvis apud nos a pretiosis initium fieri soleat. Si mobilia non reperiantur, debitor sub juramento specificationem omnium bonorum suorum edere tenetur. *Coler. d. c. 9. n. 38. & Berlich.*
28 *d. l. n. 75. Carpz. d. art. n. 19.* Immunia ab executione sunt instrumenta rustica sive agriculturæ *per L. Executores. & Auth. Agricultores. C. quæ res pign. Borell. d. l. n. 374.* nisi alia bona etiam immobilia deficiant. *Coler part. 2. c. 3. n. 189. Carpz. d. art. 2. n 14.* In lectos etiam & suppellectilia non facile fieri solet Executio, nisi aliis deficientibus, *arg. l. 6. ff. de pignor. Berlich. d. concl. 80. n. 40.* ut & instrumenta necessaria artificum.
29 *Berlich. d. concl. 80. n. 41.* Ut autem eo expeditior sit executio, debitor seras & ferramenta forium atque cistarum aliorumque receptaculorum, in quibus asservari solent mobilia, aperire atque manifestare ob-
30 strictus est. *Coler d. c. 9. n. 43. Carpz. d. art. 2. n. 18.* Deficientibus mobilibus vel existentibus quidem, sed quæ emptorem facile non reperiunt, *Coler. d. c. 9. n. 23. & 40.* ad immobilia procedendum, *d. l. 15. §. 2.* nec necesse est, ut excutiantur res specialiter obligatæ, ut vult *Berlich. d. concl. 81. n. 33.* nam *l. 2. C. de pignor.* de speciali casu loquitur, vid. *Hartmann. Pistor. lib. 3. qu. 12. Carpzov. part. 2. const. 23. def. 29.* Scilicet quando creditor specialem & generalem hypothecam habet, nam tunc, si cum tertio scilicet alio concreditore res ipsi sit, excutienda prius specialis hypotheca, sed si cum solo debitore res est, electio ipsi da-
31 tur, quam rem excutere velit. Ad immobilia etiam referuntur annuæ præstationes, jura venandi, operæ rusticorum & similia *Berlich. d. l. n. 101. & seq.* Eligenda autem ea immobilia, quæ minus necessaria minusque damnosa debitori, ex quibus tamen solutio Creditori fieri possit; nec etiam pro debito exiguo bona majoris valoris distrahenda, ac ne prædia rustica & tributaria, de quibus certa servitia, & census & tributa præstari & solvi debent, dividantur, ne bona devastentur, *Coler. d. cap. 9. n. 45. Carpz. d. dist. 25. art. 2. n. 23. & seqq. Berlich. d. l. n. 106.* In aliis electio datur creditori. *Auth. Hoc nisi. C. de Solut. Nov. 4. cap. 3.*

32 Facienda autem subhastatio, quæ Jure Civili non est incognita per *L. Ordo. 3. C. de exec. rei jud. l. 2. 3. & 6. C. de fide & jure hastæ*

Fisci

Fisci & l. ult. §. ult. C. de jure domin. imper. & per hanc utrique con-
sulitur, debitori, ut non possit conqueri de viliori pretio, re vendita;
Creditori, ut paratam accipiat pecuniam & emptor reperiatur, *post
Ant. Fabr. l. 8. Cod. tit 26. def. 3. & Coler. d. cap. 9. n. 107. & seq. Carpz.
d. tit. 25. art. 4. num. 4.* Qui tamen subhastationis actus non est neces- 33
sarius, si Creditor in solutum rem aliquam mobilem vel immobilem,
accipere velit, & de pretio inter eos conveniat, vel si creditor jure
immissionis contentus, tamdiu re illa uti velit, donec debitum
fuerit solutum ex fructibus. *Carpzov. d. art. 4. n. 9. & seq.*

Quamvis autem Jure Communi taxationem præcedere de- 34
bere tradat *Paul. Castr. in l. 16. C. de rescind. vendit.* quam practicam
etiam commendat, & per eam fraudibus obviari tradit *Dambaud.
in Tr. de Subhastat. cap. 3. n. 12.* Jure tamen Saxon. melius sine præ-
via taxatione fieri tradit *Carpz. d. art. 4. num. 25. & seqq.* quod in
medio relinquimus, & neutrum aliquid absurditatis habere existi-
mamus. Porro si licitatus fuerit aliquis certum pretium, tunc ad- 35
huc cum illa licitatione res venum exponenda, ut sciatur, an ali-
quis pretio addere quid velit; quod si non inveniatur secundus
vel ulterior licitator, tunc licitatori primo res vendenda, sicut or-
dinem subhastationis in foro Saxonico prolixe describit *Carpzov.
dict. art. 4.* Interdum majus pretium per plures terminos dilatum
est vilius minori pretio in pecunia præsenti. Vid. *Carpzovius. p. 3.
Decis. 275.* Si nullus reperiatur emptor, (idem videtur, si vilissi- 36
mum sit pretium a licitatore oblatum, vid. *Afflict. de jure protimis §. 2.
n. 18. pag. 38. Carpzov. in Asyl. debit. num. 148.*) judex ex officio taxa-
bit bona, *Col. d. l. num. 69.* & vix alia apparet via, quam ut victor
rem taxatam acceptet, nisi velit bonis uti tamdiu, donec sortem
cum usuris ex bonis redegerit, cum aliud remedium non suppetat,
de quo agitur a *Carpzov. d. art. 4. num. 138.* Et æquissima est Ele- 37
ctoralis Constitutio in foro Saxon. ut detur debitori annus, intra
quem bona reluere possit, de quo pluribus *Carpzov. d. l. art. 5.*
quod etiam intra amplius adhuc temporis spatium statuto intro-
duci potest, *Carpz. dict. Tr. de Asyl. debit. num. 281.* Nos contractu
pignoratitio, aut emptione cum pacto de redimendo utimur.

In

38 In ipsam substantiam bonorum feudalium executio per distractionem fieri non debet, quia Vasallus debitor tantum utile dominium habet, sed immissio fieri potest in commoditates fructuum, *Koppen decis. 39. Berlich. part. 2. concl. 82. n. 1.* nisi debitum cum consensu Domini & Agnatorum contractum, aut debitum in utilitatem feudi contractum sit, nam & tunc feudum ad exsolvendum debitum distrahi debet, *Koppen. d. decis. 39. n. 17. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 15. n. 40. Berlich. d. concl. 82. n. 18. & seqq.*

39 Immobilibus non repertis, demum ad nomina perveniendum, *d. l. 15. §. 2.* & sic debitor debitoris mei executiendus, modo illa sint liquida debita per *d. l. 15. §. 9. Coler. de Proc. Exec. part. 2. cap. 3. n. 464. Berlich. d. concl. 80. n. 37.*

40 Si tamen ipse debitor ante distractionem immobilium in nomina executionem fieri petat, ex æquitate eum audiendum esse putamus, si nomina liquida & facile exigibilia, cum *Carpzov. d. art. 2. num. 35.* ubi sanctionem Elector. Saxon. allegat, quod alias in persona Minorum Jure Communi locum habet *l. 5. §. 9. ff. de reb. eor. qui sub tut.* & Statuto in gratiam eorum, qui bello depauperati sunt, utiliter constitui posset. *Carpz. de Asyl. debit. n. 163. & seqq.*

41 Quo si alias citra necessitatem & probabilem rationem ordo iste sit inversus, executionem ipso jure nullam esse volunt. *Colerus d. c. 3. num. 17. Camill. Borell. d. tit 32. num. 188. Berlich. conclus. 81. n. 49.*

42 Solet demum in executionibus opponi beneficium Competentiæ, in quantum quis facere potest, quod certis personis competit, ut Sociis, Parentibus, Patronis, Maritis, de quo *in l. 16. & seqq. de Re judic. & in L. Divus Pius. & in L. In condemnatione. 173. de R. J.* quas personas enumerat *Caspar. Manzius. in Patrocin. pauper. decad. 3. quæst. 1.* & id etiam bello depauperatis tribuit *quæst. 2. Carpz. de Asyl. debit. cap. 4. n. 318. & multis seqq.* & in simili Tractatu *Sigismund. à Vorburg. Mevius in discuss. gravamin. passim.*

SOLI DEO GLORIA.

INDEX

Google

INDEX
RERUM ET VERBORUM,
quæ in hoc Processu Civili habentur.

Acta.

Actio.

Actor.

Actuarius.

Advocati.

Disse-

Google

Ambigua.

Annui reditus.

Apostoli.

Appellatio.

d by Google

Articuli.

Attentatum.

Avocatio Causarum.

Bannum.

Beneficium Competentiæ.

Causa.

Cavillationes

Cautela.

Cautio.

Citatio

Citatio.

Hodie

Compromissum.

Conclusio.

Confessio.

Conscientia.

Conductus salvus.

Consilium Prudentum.

Contumacia.

Creditor.

Crimen, Criminalia.

Damnum.

Datio in solutum.

Dele-

Delegatus.

Denunciatio Litis.

Diffamari.

Dilatio.

Directorium Testium.

Dolus.

Domicilium.

Disputatio Partium.

V. Consilium Prudentum. Dubium.

Editio.

V. Instrumentum. Error.

Examen Testium.

Visis

Examen Testium ad perpetuam rei memoriam.

Exceptio.

Executio, Executor.

Si

Exemplum.

Expensæ.

Falsitas.

Fatalia Appellationum.

Ab

Google

Feriae.

Fidejussor.

Forum.

Hæres.

Hereditas.

Immissio.

Immobilia.

Imperium merum.

Digitized by Google

Infamia.

Instrumentum.

Interpellatio.

Interrogationes.

Interrogatoria Testium.

Interventio.

Judæus.

Judex.

Judicium.

Judicium Petitorium.

Judicium Possessorium.

Juramentum.

Jura-

Google

Juramentum Calumniæ.

Juramentum in litem.

Juramentum judiciale vel Litis Decisorium.

De-

Digitized by Google

Locum

Google

Juramentum Testium.

Leuteratio.

Libellus.

Lis.

Literæ.

Litis Contestatio.

Mandatum Judicis.

Mandatum Procuratorium.

Mora.

Negativa.

Nomina.

Nominatio.

Nullitas.

Post

Nuncius.

Nundinæ.

Oberleuteratio.

Obscurum.

Ocularis inspectio.

Pater.

Peregrinus.

Positiones.

Possessor.

Praejudicialis Exceptio.

Praesens.

Præsumtio.

Præventio.

Princeps.

Privilegium.

Probatio.

Post

Probatio per Testes.

Processus.

Procurator.

Protestatio.

Protocollum.

Publicatio.

Pupillus.

Quæstio juris.

Rasura.

Reconventio.

Recognitio.

Recusatio.

Reprobatio.

Res judicata.

Restitutio in Integrum.

Revisio.

Reus.

Rotulus testium.

Sacerdos.

Satisdatio.

Sententia.

Potest

Spolium.

Statutum.

Stipulatio.

Subhastatio.

Supplicatio.

Syn-

d by Google

Syndicatus.

Taxatio.

Terminus probatorius.

Testis.

Transactio.

Tutor.

Variatio.

Veritas.

Vota.

Universitas.

Uxor.

FINIS.